

نَتَاجُ الْإِفْكَارِ فِي كَشْفِ الرَّمُوزِ وَالْأَسْرَارِ

لِشَيْخِ الدِّينِ أَحْمَدَ بْنِ قُودَرٍ
الْمَعْرُوفِ بِقَاضِي زَادِهِ أَفَنْدِي قَاضِي عَسْكَرِ رُومَلِيٍّ
وَهُي تَكْمِلَةٌ "فَتْحُ الْقُلُوبِ"
لِلْمُحَقِّقِ الْكَمَالِ بْنِ الْهَيْثَمِ الْحَنْفِيِّ

عَلَى
الْطَّرَاقَةِ : شَرْحُ بَدَايَةِ الْمُبْدِي
تَأْلِيفُ

شَيْخِ الْإِسْلَامِ بَرَهَانَ الدِّينِ عَلِيَّ بْنَ أَبِي بَكْرٍ الْمَرْغِينَانِيَّ
الْمُتَوَفَّى سَنَةَ ٥٩٣ هـ

وَمَعَهُ

- ١ - شرح العناية على الهداية للإمام آق ساجد الدين محمد بن محمود الباهري المتوفى سنة ٨٧٨٦ هـ .
- ٢ - حاشية المحقق سعد الله بن عيسى المقي الشهير بسعدني جلبي وبسعدني أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ هـ .

الْجُزْءُ الثَّامِنُ

شَرَكَةُ مَكْتَبَةِ دَرْيَا طَبْعَتُ الْإِلَهِيَّ الْمَاهِيَّ وَوَلَدَهُ بِرَصْرَ
مُحَمَّدُ مُحَمَّدُ الْخَلْفَاءِ وَشَرَكَاةُ - خَلْفَاءُ

الطبعة الأولى

١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م

حقوق الطبع محفوظة للناسخ

مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ
(حديث شريف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الوكالة (١)

لما فرغ من بيان أحكام الشهادات بأنواعها وما يتبعها من الرجوع عنها شرع في بيان أحكام الوكالة ، إما لمناسبة أن كل واحد من الشهادة والوكالة صفة من صفات الله تعالى لقوله تعالى - ثم الله شهيد على ما يفعلون - وقوله تعالى حكاية - حينئذ الله ونعم الوكيل - ، وإما لأن كلا منهما يصلح للتعويض عن الغير بالإعانة في حقه ، وإما لأن كلا منهما يصلح سببا لاكتساب الثواب والصيانة عن العقاب في المعاملات ، قال صاحب العناية عقب الشهادة بالوكالة : لأن الإنسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه إلى تعاوض وتعاوض ، والشهادة من التعاوض والوكالة منه ، وقد يكون فيها التعاوض أيضا فصارت كالوكالة من المفرد فأثر تأخيرها انتهى . وقال بعض الفضلاء في بيان قوله وقد يكون فيها التعاوض أيضا كما إذا كان وكيلا بالبيع أو الشراء مثلا انتهى . أقول : هذا سهل ظاهر ، لأن التعاوض فيها ذكره من المثل إنما هو في متعلق الوكالة ، أضنى الموكل به ، وهو البيع أو الشراء لأنفس الوكالة ، والكلام فيها لافي الأول ، وإلا فقد يكون التعاوض في متعلق الشهادة أيضا كما إذا شهد بالبيع أو الشراء مثلا ، والصواب أن مراد صاحب العناية هو أنه قد يكون في نفس الوكالة التعاوض كما إذا أخذ الوكيل الأجرة لإقامة الوكالة فإنه غير ممنوع شرعا ، إذ الوكالة عقد جائز لا يجب على الوكيل إقامتها فيجوز أخذ الأجرة فيها ، بخلاف الشهادة فإنها فرض يجب على الشاهد أدائها فلا يجوز فيها التعاوض أصلا . ثم إن محاسن شرعية الوكالة ظاهرة ، إذ فيها قضاء حوائج المحتاجين إلى مباشرة أفعال لا يقدرون عليها بأنفسهم ، فإن الله تعالى خلق الخلق على هم شتى وطبائع مختلفة وأقرباء وضغائن ، وليس كل أحد يرضى أن يباشر الأعمال بنفسه ، ولا كل أحد يبتدئ في المعاملات ، فست الحاجة إلى شرعية الوكالة ، فبيننا صلى الله عليه وسلم باشر بعض الأمور بنفسه الكريمة تعليقا لسنة التواضع ، وفوض بعضها إلى غيره ترفيها لأصحاب المروءات . ثم إننا هنا أمورا يحتاج إلى معرفتها تفسيرا للوكالة لغة وشرعا ، ودليل جوازها وسببها وركبها وشرطها وصفها وحكمها . أما تفسيرها لغة : فالوكالة بفتح الواو وكسرهما اسم للتوكيل ، من وكله بكلذا إذا فوض إليه ذلك . والوكيل هو القائم بما فوض إليه ، والجمع الوكلاء كأنه فعل بمعنى مفعول لأنه موكول إليه الأمر : أي مفوض إليه . وأما شرعا : فهي عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم . وأما دليل جوازها فالكتاب وهو قوله تعالى - فابشروا أحذركم بور فمنكم هذه إلى المدينة -

(١) (تنبية) قد ابتدأ صاحب التكملة بشرحه بكتاب الوكالة وسبقه صاحب الفتح إلى شرح جملة من هذا الكتاب انتهى فيها إلى قول صاحب الهداية « والعقد الذي يقصد الوكالة على ضربين الخ » فأبينا الكتابين كثيرا لفائدة ومخالفة على استيفاء التكملة ، واكتفينا بما أسلفناه من عبارة الهداية والعناية عند كتابة الفتح من إعادته هنا قليلا ، كتبه مصححه .

لأن ذلك كان تركيلاً وقد قصه الله تعالى عن أصحاب الكهف بلا نكير فكان شريعة لنا . والسنة وهي ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل حكيم بن حزام بشره الأضحية وعروة البارقي به أيضاً ، وكل عمر بن أم سلمة بالتزويج . والإجماع فإن الأمة أجمعت على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا ، وكلها المعقول يدل عليه على ما ساقى في الكتاب . وأما سببها فمصلحة البقاء المقدر بتعاطيها كما في سائر المعاملات . وأما ركنها : فالألفاظ التي تثبت بها الوكالة كلفظ وكلت وأشباهه . روى بشر بن غياث عن أبي يوسف رحمه الله : إذا قال الرجل لغيره أحييت أن تبع عبيدي هذا أو هويت أو وضيت أو شئت أو أردت فذلك توكيل وأمر بالبيع . وأما شرطها : فإن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام كما ساقى في الكتاب ، وستعرفه مشروحا . وأما صفتها : فهي أنها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه . وأما حكمها : فجواز مباشرة الوكيل مافوض إليه (قال) أي القنودى رحمه الله تعالى في مختصره (كل عقد جائز أن يعقده الإنسان بنفسه جازاً أو يوكل به غيره) هذه ضابطة يثبت بها ما يجوز التوكيل به لأحد ، فلا يريد عليها أن المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشراؤها بنفسه ، ولو وكل ذمياً بذلك جاز عند أبي حنيفة رحمه الله لأن إبطال القواعد بإبطال الطرد لا بالعكس على ما نصوا عليه . والصحيح هاهنا أن صاحب العناية مع اعترافه بذلك حيث أجاب عن الاعتراض بالصورة المذكورة بأن العكس غير لازم وليس بمقصود . قال في شرح هذا المقام : هذه ضابطة يثبت بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز انتهى . فإن العكس إذا لم يكن لازماً ولا مقصوداً في الضوابط كيف يثبت بهذه الضابطة ما لا يجوز التوكيل به ، وقد اعترض على طرد هذه الضابطة بوجوه : الأول أن الوكيل جاز له أن يعقد بنفسه ، وإذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز . والثاني أن الإنسان جاز له أن يستقرض بنفسه ، ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز . والثالث أن الذي يملك بيع الخمر بنفسه ، ولا يجوز له أن يوكل المسلم ببيعها . وأجيب عن الأول بأن المراد بقوله يعقده الإنسان بنفسه هو أن يكون مستقدياً به والتوكيل ليس كذلك . وعن الثاني بأن محل العقد من شروطه لكون المحل شرطاً على ما عرف ، وذلك ليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لأن الدرهم الذي استقرضها الوكيل ملك المقرض والأمر بالتصرف في ملك الغير باطل . ورد هذا بأنه مقرر للتقص لأدافع . ودفع بأنه من باب التخلل لمانع ، وقيد عدم المانع في الأحكام الكلية غير لازم . ونقض بالتوكيل بالشراء فإنه جائز وما ذكرتم موجود فيه . وفرق بأن محل عقد الوكالة في الشراء هو الخمر وهو ملك الموكل ، وفي الاستقراض الدرهم المستقرض وهو ليس ملكه . وقيل هلا جعلتم المحل فيه بدلما وهو ملك الموكل . ودفع بأن ذلك محل التوكيل بليفاء القرض لا بالاستقراض ، هذا نهاية ما في العناية : أقول : ولقائل أن يقول كما أن الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل كذلك التصرف بنفسه في ملك الغير باطل فيلزم أن يكون الاستقراض بنفسه أيضاً باطلا بناء على هذا ، وليس كذلك . ثم أقول : يمكن أن يدفع ذلك بأن المستقرض بنفسه متصرف في ملك نفسه وهو عبارته دون ملك غيره وهو الدرهم المستقرض . وأما المأمور بالاستقراض فإن تصرف في عبارة نفسه بأن قال المقرض مثلاً أقرضني عشرة دراهم كان الاستقراض لنفسه لا للأمر فله أن يمنع العشرة من الأمر كما صحروا به ، وإن تصرف في عبارة الأمر بأن قال مثلاً : إن فلانا يستقرض منك عشرة دراهم ففعل المقرض كانت العشرة للأمر ، ولكن المأمور بصير في هذه الصورة رسولا لاوكيلاً ، والباطل هو الوكالة في الاستقراض دون الرسالة فيه ، فإن الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل ، فالرسول معبر والعبارة ملك المرسل ، فقد أمره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح فيها هو حقه . وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل بل العبارة للوكيل فلا يمكننا تصحيح هذا الأمر باعتبار العبارة كما نص عليه في الأخيرة . بقي هاهنا شيء وهو أن ما ذكرتم مقبوض بجواز التوكيل بالاستقراض والاستعارة ، وساقى تمام بحثه إن شاء الله تعالى . وأجيب عن الثالث بأن الذي يملك بيع الخمر بنفسه يملك توكيل غيره ببيعها أيضاً ، حتى أنه لو وكل ذمياً آخر ببيعها يجوز ، وإنما لم يجوز توكيل المسلم هاهنا لمعنى في المسلم ، وهو أنه مأمور بالاجتناب عنها وفي جواز التوكيل ببيعها اقتراباً فكان ذلك أمراً عارضاً في الوكيل ، والعوارض لا تنقذ في القواعد ، حتى أن قائلنا لو قال : كل من تزوج امرأة بنكاح صحيح حل له وطؤها لا يرد عليه الحائض والحرة ، هذا زهدة ما في أكثر الشروح . وأجاب عنه صاحب

العناية بوجه آخر حيث قال : والذي جاز له توكل المسلم والممتنع توكل المسلم عنه ، وليس كلامنا في ذلك لجواز أن يمنع مانع عن التوكل وإن صح التوكل ، وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها انتهى . وقال بعض الفضلاء : هذا على تقدير صحته يكون جواباً عن النقض بالاستقراض أيضاً ، إلا أنه لما كان مخالفاً لماسيحي من المصنف من أن التوكل بالاستقراض باطل لم يذكره الشارح في معرض الجواب ، ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح لذلك أيضاً انتهى . أقول : ليس هذا بسديد ، أما أولاً فلأن ما ذكره صاحب العناية هاهنا لا يكاد يكون جواباً عن النقض بالاستقراض ، لأن المانع هناك في نفس التوكل وهو بطلان الأمر بالتصرف في ملك الغير ، والمانع هاهنا على رأيه إنما هو في التوكل وهو حرمة اقتراب المسلم من الخمر فأين هذا من ذلك . وأما ثانياً فلأنه لا معنى لقوله ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح على ما ذكرناه من قبل وليس فيه شيء مناف لما سيجيء من المصنف رحمه الله من أن التوكل بالاستقراض باطل كما لا يخفى على الفطن ، فلا وجه لدرج قوله المذكور في حيز جواب لما في قوله إلا أنه لما كان مخالفاً لماسيحي من المصنف الخ . ثم قال ذلك القائل : بقى فيه بحث ، إذ التوكل والتوكل كالسكر والانكسار ، ثم ليت شعري معني جوازه انتهى . أقول : هذا ساقط جداً ، إذ لا يذهب على ذي مسكة أن الانكسار مطلوب الكسر فلا يمتنع أحدهما بدون الآخر ، بخلاف التوكل والتوكل ، فإن التوكل تفويض الأمر إلى الغير ، والتوكل قبول الوكالة على ما صرحوا به ، ولا شك في جواز تحقق الأول بدون الثاني ، ثم لا ينبغي أن يتوهم لزوم مطاوع لكل فعل معتد ، ألا يرى إلى صحة قواك خيرته فلم يخر ، وصحة قولك نبهته فلم يقتبه وما أشبههما ، فمن ذلك قولك وكنته فلم يتوكل فلا إشكال أصلاً . قال المصنف رحمه الله في تحليل جواز الوكالة فيما ذكره (لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال) بأن كان مريضاً أو شيخاً غافياً أو رجلاً ذا جماعة لا يتولى الأمور بنفسه (فيحتاج إلى أن يوكل غيره) فلم لم يميز التوكل لزم المخرج وهو منتف بالنص (فيكون) أي الإنسان (بسبيل منه) أي من التوكل (دفعاً لحاجة) ونفياً للحرج . وأعرض على هذا بأنه دليل أمّص من المدلول وهو جواز الوكالة فإنها جائزة وإن لم يكن ثمة عجز أصلاً . وأجيب بأن ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى في الجنس لافي الأفراد . قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك الاعتراض مع جوابه المزبور : ويميز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام ، وهو الحاجة لأن الحاجة للعجز خاصة وهو مجاز شائع ، وسيتخذ يكون المطاوع هو الحاجة وقد توجد بلا عجز انتهى . أقول : وجود الحاجة بدون العجز في باب الوكالة ممنوع ، فإنهم صرحوا ومنهم الشارح الإجماع بأن الوكالة أبداً إما للعجز وإما للتره ، والظاهر أن ليس في صورة الترفه حاجة فتأمل (وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل بالشراء) أي بشراء الأضحية (حكيم بن حزام) ويكنى أبا خالد . ولد قبل الفيل بثلاث عشرة سنة أو بالثني عشرة سنة على اختلاف الروايتين ، أسلم يوم الفتح وشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم مسلماً ، وكان من وجوه قريش وأشرافها ، وعاش في إجمالية ستين سنة وفي الإسلام ستين سنة ، ومات بالمدينة في خلافة معاوية رضي الله عنه سنة أربع وخمسين وهو ابن مائة وعشرين سنة ، كذا ذكره ابن شاهين في كتاب المعجم . وقال الكرخي في أول كتاب الوكالة في مختصره : حدثنا إبراهيم بن موسى الجوزي قال : حدثنا يعقوب الدورقي قال : حدثنا عبد الرحمن بن زكري عن سفيان عن أبي حصين عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام « أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً يشتري له به أضحية ، فاشترى له أضحية بدينار فباعها بدينارين ، ثم اشترى أضحية بدينار فباعها بدينارين وأضحية ، فتصدق النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار ودعا له بالبركة » (وبالتزويج عمر بن أم سلمة) أي وكله بتزويج أم سلمة من النبي صلى الله عليه وسلم كذا في الشروح . قال صاحب غاية البيان : ولنا في توكل عمر بن أم سلمة نظر لأن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة بعد وقعة بدر في سنة التثنية ، كذا قال أبو عبيدة معمر بن المثنى ، وكان عمر بن أبي سلمة يوم توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن تسع سنين ، قاله الواقدي . ويكون على هذا الحساب سن عمر بن أم سلمة يوم تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أمه سنة واحدة فكيف يوكله رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو طفل لا يعقل ؟ انتهى . وقد سبق إلى هذا النظر ابن الجوزي حيث قال : في هذا الحديث نظر ، لأن عمر بن أم سلمة كان له من العمر يوم تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث سنين ، وكيف يقال لثل هذا زوج . بيانه أنه عليه الصلاة والسلام

تزوجها في سنة أربع ، ومات عليه الصلاة والسلام ولعمر تسع سنين انتهى . وقال ابن عبدالمعادي صاحب التنقيح : قوله إنه عليه الصلاة والسلام مات ولعمر تسع سنين بعيد وإن كان قد قاله الكلاباذي وغيره . وقال : قال ابن عبدالحليل : إنه ولد في السنة الثانية من الهجرة إلى الحبشة . ويقول : هذا ما أخرجه مسلم في صحيحه عن عمر بن أم سلمة وأنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال عليه الصلاة والسلام : سل هذه ، فأخبرته أنه أم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام يصنع ذلك ، فقال عمر رضي الله عنه : يارسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر ، فقال صلى الله عليه وسلم : أما والله إنني لأتصاكن بالله تعالى وأعشاكنم ، وظاهر هذا أنه كان كبيرا . وأقول : ظاهر قول المصنف رحمه الله وقد صرح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ يدل على أن المراد به ذكر الدليل الثقل على قوله كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره بعد أن ذكر دليلا عقليا عليه ، فنتجته على ذلك أن توكيل النبي صلى الله عليه وسلم في المسادين الخصوصيتين لا يدل على ما في الدعوى المذكورة من الكلية ، ففعل الوجه أن يكون المراد به مجرد تأييد ما تقدم من التعليل العقل الذي منبأه دفع الحاجة بوقوع التوكيل عند الحاجة من النبي صلى الله عليه وسلم لإقامة دليل مستقل على دعوى الكلية السابقة ، وكأنه عن هذا قال : وقد صرح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ ، ولم يقل ولأن النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ (قال أي القدوري رحمه الله تعالى في مختصره :) ونحو الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق (أي في جميعها لما تقدمت من الحاجة) يشير إلى قوله لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل غيره (إذ ليس كل أحد يهتدى إلى وجوه الخصومات) لتعليل لجريان ما قدمه هاهنا . قال صاحب غاية البيان : أما التوكيل بالخصومة في - أثر الحقوق فلما جاز لما روينا قبل هذا أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل في الشراء ، فإذا جاز التوكيل فيه جاز في غيره ، لأن كل عقد يجوز أن يتولاه الموكل بنفسه جاز أن يوكل غيره كالبيع ، ولأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فجاز أن يوكل غيره ، وهو المراد من قوله لما قدمنا انتهى . أقول : لتعليل الثاني الذي هو مراد المصنف رحمه الله بقوله لما قدمنا صحيح لا ريب فيه ، وأما تعليله الأول فغير صحيح لأن الكلام هاهنا في التوكيل بالخصومات لا في التوكيل في العقود ، وما ذكره في تعليله الأول إنما ينشئ في العقود دون الخصومات ، ولذلك قال المصنف رحمه الله وقد صرح أن عليا رضي الله تعالى عنه وكل عقيل) أي وكله في الخصومات ، وإنما كان يختار عقيل لأنه كان ذكيا حاضر الجواب ، حتى حكى أن عليا رضي الله عنه استقبله يوما ومعه عنقه فقال " رضي الله عنه على سبيل الدعابة أحد الثلاثة أحق ، فقال عقيل : أما أنا وعزى فعاقلان (وبعد ما أسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر) الطيار رضي الله تعالى عنه ، إما لأنه وقر عقيل رضي الله عنه كبير سنه ، أو لأنه انتقص ذهنه فوكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه وكان شابا ذكيا ، كذا في المبسوط . أخرج البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال : كان علي رضي الله عنه يكره الخصومة ، وكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب فلما كبير عقيل وكفى . وأخرج عن علي رضي الله عنه أنه كان وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة . وقال الخصاف في أدب القاضي : حدثنا معاذ بن أسد الخراساني قال : حدثنا عبد الله بن المبارك عن محمد بن إسحاق عن جهم بن أبي الجهم عن عبد الله ابن جعفر أن عليا رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول : إن لها قحما تحضرها الشياطين ، فجعل علي رضي الله عنه الخصومة إلى عقيل ، فلما كبير ورق " حو " إلى " فكان علي رضي الله عنه يقول : ما قضى لو كليل فلما قضى على وكيل فعل " انتهى . وقال الرضضي في الفائق : إن عليا رضي الله عنه وكل أخاه عقيل بالخصومة ، ثم وكل بعده عبد الله بن جعفر رضي الله عنه ، وكان لا يحضر الخصومة ويقول : إن لها لقحما ، وإن الشياطين تحضرها ، أي مهالك وشداد . وقدم الطريق ما صعب منه وشر على سألته انتهى . وفي هذا الحديث دليل على جواز التوكيل بالخصومة . وفيه دليل أيضا على أن لا يحضر مجلس الخصومة بنفسه ، وهو مدعيها ومدعى عليه عامة العلماء لصنع علي رضي الله عنه . وقال بعض العلماء : الأولى أن يحضر بنفسه لأن الامتناع من الحضور إلى مجلس القاضي من علامات المنافقين ، وقد ورد أنهم على ذلك ، قال الله تعالى - وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون . وإنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا - وجوابه أن تأويل الآية الرد من المناق : والإجابة من المؤمنين اعتقادا ، كذا في شرح أدب القاضي . وذكر في غاية

البيان (وكلما بإيفائها واستيفائها) أى وكلما تجوز الوكالة بإيفاء الحقوق واستيفائها لما مر من دفع الحاجة (إلا فى الحدود والقصاص فإن الوكالة لاتصح باستيفائها) أى باستيفاء الحدود والقصاص (مع غيبة الموكل عن المجلس) وأما الوكالة بإيفاء الحدود والقصاص فعدم مصحبا مطلقا : أى مع غيبة الموكل ومع حضوره أمر يبين ، لأن إيفاءها إنما يكون بتسليم النفس أو البدن لإقامة العقوبة الواجبة ، وهذا لا يصح إلا من الإلحاح ، إذ إقامة العقوبة على غير الإلحاح ظلم صريح ، ولذلك احتج المصنف رحمه الله بنى صحة الوكالة باستيفائها مع غيبة الموكل ، وقال فى تعليقه (لأنها) أى الحدود والقصاص (تندرئ بالشبهات) فلا تستوفى بمن يقوم مقام الغير لما فى ذلك من ضرب شبهة كما فى كتاب القاضى إلى القاضى والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال (وشبهة العفو ثابتة حال غيبته) أى غيبة الموكل ، هذا الوجه مخصوص بالقصاص ، إذ الحدود لا يبنى عنها ، فالمراد أن فى القصاص ثبوت شبهة أخرى حال غيبة الموكل وهى شبهة العفو لحواجز أن يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل (بل هو الظاهر) أى بل العفو هو الظاهر (للتبذير الشرعى) لقوله تعالى - وأن تغفوا أقرب للتقوى - وفى القصاص خلاف الشافعى رحمه الله فإنه يقول : هو خالص حق العبد يستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا لغيره من نفسه ، ولكنا نقول : هذه حقبة تندرئ بالشبهات ، بخلاف سائر حقوقه فافترقا (بخلاف غيبة الشاهد) حيث يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته (لأن الظاهر عدم الرجوع) يعنى أن الشبهة فى حق الشاهد هى الرجوع والظاهر فى حقه عدم الرجوع ، إذ الصدق هو الأصل لأسباب فى العمدول فلم يعتبر مثل هاتيك الشبهة . أمول : يرد عليه أن الرجم من الحدود ولا يستوفى عند غيبة الشهود فى ظاهر الرواية كما مر فى كتاب الحدود ، ويقضى ذلك اعتبار شبهة الرجوع فى حق الشهود هناك ، اللهم إلا أن يقال : عدم استيفاء الحد إذ ذاك لفوات الشرط وهو بداءة الشهود بالرجم لا بمجرد شبهة الرجوع فتأمل (وبخلاف حالة الحفصة) أى حفصة الموكل فى المجلس حيث يستوفى ذلك عندها (لانتفاء هذه الشبهة) أى شبهة العفو ، فإن العفو عند حضور الموكل مما لا يفتنى فلا شبهة . أمول : لقاتل أن يقول إن انتفاء الشبهة المعينة لا يقتضى انتفاء الشبهة مطلقا ، والحدود والقصاص تندرئ بمطلق الشبهات فلا يتم الضرب على أن شبهة العفو مخصوصة بالقصاص ، فلم يظهر الفرق بين الحفصة والغيبة فى استيفاء الحدود أصلا . ولما استمر أن يقال إذا كان الموكل حاضرا لم ينجح إلى التوكيل بالاستيفاء وأما إذ هو يستوفيه بنفسه أجاب بقوله (وليس كل أحد يحسن الاستيفاء) إما لقلة هدايته ، أو لأن قلبه لا يتحمل ذلك (فلم منع عنه) أى عن التوكيل بالاستيفاء (ينسد باب الاستيفاء أصلا) أى ينسد بابه بالنسبة إليه بالكلية فجاز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا ينسد بابه . قال المصنف رحمه الله (وهذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة رحمه الله) وقال جمهور الشراح فى تفسير كلام المصنف : هذا أى جواز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص قول أبى حنيفة رحمه الله . وقالوا فى توجيه تفسيرهم إياه بهذا المعنى : لأنه لما قال ويجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق : أى جميعها وإيفائها واستيفائها ، واستثنى إيفاء الحدود والقصاص واستيفاءها بقيت الخصومة بالحدود والقصاص داخلية فى قوله بالخصومة فى سائر الحقوق فقال : هذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة رحمه الله . أمول : لا بدح على من ذى فطرة سليمة أن هذا الذى ارتكبه فى حل كلام المصنف رحمه الله هاهنا تكلف بارد وتصف شارد ، حيث جعلوا البعض الغير المعين فى الكلام السابق بل الدخلى فى مجرد كليتته مشارا إليه بلفظ هذا الذى يشار به إلى المحسوس المشاهد ، أو إلى ماهو بمنزلة المحسوس المشاهد . ثم إن هاهنا لمنسوخة من ذلك يجعل كلام المصنف رحمه الله على معنى ظاهر منه ، وهو أن هذا الذى ذكرناه صريحا فيما مر آتفا من قولنا ويجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق قول أبى حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف رحمه الله : لا يجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضا) أى قال أبو يوسف رحمه الله : لا يجوز الوكالة بالخصومة فى بعض من تلك الحقوق وهو إثبات الحدود والقصاص أيضا : أى كما لا يجوز الوكالة بإيفاء الحدود والقصاص واستيفائها بالافتقار . (وقول محمد مع أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، وقيل مع أبى يوسف رحمه الله) يعنى أن قول محمد مضطرب بذكر تارة مع أبى حنيفة وتارة مع أبى يوسف ، ولكن الظاهر من تحرير المصنف ترجيح الأول كما لا يخفى على القطن . قال فى الكافى بعد قوله وقول محمد مضطرب : والأظهر أنه مع أبى حنيفة (وقيل هذا الاختلاف) بين أبى حنيفة وأبى يوسف (فى غيبته) أى

غيبة الموكل (دون حضرته) أي هو جائر في حضرته بالاتفاق (لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره) فصار كأنه متكلم بنفسه. (له) أي لأبي يوسف رحمه الله تعالى (أن التوكيل إنابة) والإنابة فيها شبهة لاهالة (وشبهة النيابة يتحذر عنها في هذا الباب) أي في باب الحدود والقصاص لأنهما يتدرئ بالشبهات (كما في الشهادة على الشهادة) أي كالشبهة التي في الشهادة على الشهادة حتى لا يثبت بها الحدود والقصاص بالاتفاق، كما لا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ولا بكتاب القاضي إلى القاضي (وكتا في الاستيفاء) أي كالشبهة التي في التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص عند غيبة الموكل فلأنها مأمنة لصحة التوكيل بالاتفاق (ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض) أي لاحظ لها في الوجوب ولا في الظهور (لأن الوجوب مضاف إلى الإحناية والظهور إلى الشهادة) والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته بنفسه (فيجوز فيه التوكيل كما في سائر الحقوق) أي بالقيام المقضي وانتفاء المانع. لا يقال: المانع موجود وهو الشبهة كما في الاستيفاء والشهادة على الشهادة على مامر. لأننا نقول: الشبهة في الشرط لاتصلح لمنع، إذ لا يتعلق به الوجوب ولا الوجود ولا الظهور، بخلاف الاستيفاء فإنه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فلأنها يتعلق بها الظهور (وعل هذا بخلاف) المذكور (التوكيل بالجواب من جانب من عليه) أي من جهة من عليه (الحد) أو القصاص، فأجازه أبو حنيفة ومنعه أبو يوسف وقول محمد مضطرب. قال المصنف (وكلام أبي حنيفة فيه) أي في التوكيل بالجواب (أظهر لأن الشبهة لا تمنع الدفع) يعني أن التوكيل بالجواب إنما يكون للدفع، ودفع الحدود والقصاص يثبت بالشبهات حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة النساء مع الرجال، فالشبهة التي ذكرت في دليل أبي يوسف رحمه الله على تقدير كونها معتبرة لا تمنع هاهنا (غير أن إقرار الوكيل غير مقبول عليه) أي على موكله: يعني لو أقر الوكيل في مجلس القضاء بوجوب الحد والقصاص على موكله لم يقبل إقراره استحساناً (لما فيه) أي لما في إقراره (من شبهة عدم الأمر به) فلم يعتبر فيها يتدرئ بالشبهات. والقياس أن يقبل إقراره لقيامه مقام موكله بعد صحة التوكيل كما في الإقرار بسائر الحقوق. ووجه الاستحسان ما ذكره المصنف رحمه الله. وتوضيحه أننا حملنا التوكيل بالخصومة على الجواب، لأن جواب الخصم من الخصومة، ولكن هذا نوع من الهجاز، فأما في الحقيقة فالإقرار ضد الخصومة، والهجاز وإن اعتبر لقيام الدليل فالحقيقة شبهة معتبرة فيها يتدرئ بالشبهات دون ما يثبت مع الشبهات. كذا في المبسوط، وذكر في كثير من الشروح. وأعلم أن جواز التوكيل بإثبات الحدود عند من جوزه إنما هو في حد القلب وحد السرقة. وأما التوكيل بإثبات حد الزنا وحد الشرب فلا يصح اتفاقاً لأنه لاحق فيما لأحد من العباد، وإنما تقام البيئة على وجه الحسبة، فإذا كان أجنبيًا عنه لا يصح توكيله به، نص عليه في الكافي والتهذيب (وقال أبو حنيفة: لا يجوز التوكيل بالخصومة) سواء كان التوكيل من قبل الطالب أو من قبل المطلوب (بغير رضا الخصم) ويستوى فيه الشريف والوضيع والرجل والمرأة والبكر واليتيم، كذا في للشروح والفتاوى (إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً) يعني إلا أن يكون الموكل معذوراً أو مريضاً أو السفر فيحذف يجوز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم عنده أيضاً (وقال) أي أبو يوسف ومحمد (يجوز التوكيل بغير رضا الخصم) أي يجوز ذلك عندهما في جميع الأحوال سواء رضى الخصم أم لا، وسواء كان الموكل معذوراً أم لا، وكان أبو يوسف يقول: أو لا يقبل ذلك من النساء دون الرجال، ثم رجع عن ذلك وقال: يقبل من النساء والرجال جميعاً (وهو قول الشافعي رحمه الله) أيضاً، وفي الخلاصة: والفتية أبو الليث يفتي بقولهما. وفي فتاوى قاضيهان. وبه أخذ أبو القاسم الصغار. وقال: خمس الأئمة السرخسي: الصحيح عندي أن القاضي إذا علم بالمدعي التعتت في إياه الوكيل يقبل التوكيل ولا يلتفت إليه، وإن علم من الموكل قصد إلى الإضرار بالمدعي ليشغل الوكيل بالخيال والأباطيل والتلبيس لا يقبل منه التوكيل. وذكر خمس الأئمة الحلواني أن ذلك يفوض إلى رأي القاضي، وهذا قريب من الأول انتهى. قال المصنف رحمه الله (ولا خلاف في الجواز): أي لا خلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه والشافعي ومحمد بن أبي حنيفة. حتى إذا وكل فرضي الخصم لا يحتاج في مباح خصومة الوكيل إلى تجديد وكالة (إنما الخلاف في الزوم) معناه إذا وكل من غير رضا الخصم هل يرتد بمرده أم لا؟ عنده يرتد. خلافاً لهم، فعلى هذا التأويل يكون معنى قول القدوري. قال أبو حنيفة: لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا.

برضا الخصم : أي لا يلزم ذكر الجواز ، وأراد القزوم لأن الجواز من لوازم القزوم فيجوز ذكر اللازم وزيادة القزوم ، كذا في الشرح . وقد تصرف فيه صاحب العناية بتحريره وإيرادا حيث قال : فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم مجازا لقوله ولا يلزم ذكر الجواز ، وأراد القزوم لأن الجواز لازم القزوم فيكون من ذكر اللازم ولزيادة القزوم ، وقال : فيه نظر ، لأننا لا نسلم أن الجواز لازم القزوم عرف ذلك في أصول الفقه . سلمنا لكن ذلك ليس بمجاز انتهى . أقول : الظاهر أن مراده بقوله لكن ذلك ليس بمجاز الرد على قوله مجازا بأن ما ذكره ليس من قبيل الجواز بل هو من قبيل الكناية بناء على ما ذهب إليه الكاشي من أن الانتقال في الجواز من القزوم إلى اللازم ، وفي الكناية من اللازم إلى القزوم لكنه ليس بشيء . أما أولا فلا نلفظ الجواز لم يذكر في تحريره من الشرح ولا يتوقف عليه صحة التأويل المذكور فإنه يصح سواء كان بطريق الجواز أو بطريق الكناية فكان مدار رده المزبور على لفظ زاده من عند نفسه في بيان التأويل المذكور . وأما ثانيا فلا نهم حقوا أن الانتقال في الجواز والكناية كليهما من القزوم إلى اللازم . وردوا ما ذهب إليه الكاشي بأن اللازم ما لم يكن ملازما لم ينتقل منه إلى القزوم ، وجعلوا العدة في الفرق بينهما جواز إرادة المعنى الموضوع له وعدم جوازها ، فيعتقد يميز أن يعمل لفظ يجوز فيما نحن فيه مجازا من معنى يلزم بلا محذور أصلا . ثم قال صاحب العناية : والحق أن قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم ، بل إن رضى به الخصم صحح ولا فلا حاجة إلى قوله ولا خلاف في الجواز وإلى التوجيه بعمله مجازا انتهى . أقول : لا يخفى على القطن أن هذا كلام خال عن التحصيل ، لأنه إن أراد بقوله إن قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم أن معنى الأول من حيث الحقيقة هو معنى الثاني ، وليس كذلك إذ لا شك أن معنى الجواز من حيث الحقيقة يغير معنى القزوم ، ففى الأول يغير نفي الثاني قطعا ، وإن أراد بذلك أن الثاني هو المراد من الأول مجازا أو كناية فلا وجه لقوله فلا حاجة إلى قوله ولا خلاف في الجواز ، فإن التبادر من الألفاظ معانيها الحقيقية فيقتدر إلى ذهن الناظر في مستلثنا هذه أن يكون الخلاف المذكور في نفس الجواز ، فذفع المصنف ذلك بقوله ولا خلاف في الجواز وإنما الخلاف في القزوم فهذا الكلام لا يغير عليه . ثم أعلم أن المصنف رحمه الله ليس بأول من حمل الخلاف المذكور على القزوم ، بل سبقه إلى ذلك كثير من المشايخ منهم الإمام شمس الأئمة السرخسي حيث قال في شرح أدب القاضي : إن التوكيل عند أبي حنيفة بغير رضا الخصم صحيح ، ولكن للخصم أن يطالب الموكل بأن يحضر بنفسه ويحجب ، ومنهم الإمام علاء الدين العالم حيث قال في طريقة الخلاف : التوكيل بغير رضا الخصم لا يقع لازما . وقال أبو يوسف وعبد والشافعي رحمهم الله : يقع لازما . وذكر في المحيط البرهاني أن رضا الخصم ليس بشرط لصحة التوكيل ولزومه عند أبي يوسف وعبد . وقد اختلف المشايخ على قول أبي حنيفة . بعضهم قالوا : رضا الخصم عنده ليس بشرط صحة التوكيل بل هو شرط لزومه ، وقال بعضهم : لا بل رضا الخصم عنده شرط صحة التوكيل ، وإنما اختلفوا باختلاف ألفاظ الكتاب . ذكر في شفعة الأصل أن التوكيل بغير رضا الخصم باطل في قول أبي حنيفة رحمه الله ، وذكر في وكالة الأصل : لا يقبل التوكيل بغير رضا الخصم عند أبي حنيفة . والصحيح أن التوكيل عنده صحيح غير لازم حتى لا يلزم الخصم الحضور . والجواب لخصومة الوكيل إلا أن يكون الموكل مريضا مرضا لا يمكنه الحضور بنفسه مجلس الحكم ، أو غائبا مسيرة سفر فيعتقد يلزم عنده انتهى . وهكذا ذكر في الأخيرة أيضا (لها) أي لأبي يوسف وعبد (أن التوكيل تصرف في خالص حقه) أي في خالص حق الموكل ، وهذا لأنه إما أن يوكله بالخصومة أو بالجواب وكلاهما من خالص حقه . أما بالخصومة فلا نأبها الدعوى وهي خالصة حق المدي حتى لا يجبر عليها . وأما الجواب فلا نأبها إما إنكار أو إقرار ، وكل واحد منهما خالصة حق المدي عليه ، وإذا كان كذلك (فلا يتوقف على رضا غيره) فصار (كالتوكيل بتقاضى الديون) وقبضا وإيقاضا (وله) أي لأبي حنيفة رحمه الله (أن الجواب مستحق على الخصم) يعني أن الجواب حق واجب للمدي على المدي عليه (ولهذا يستحضره) أي يستحضر المدي الخصم في مجلس التقاضى قبل أن يثبت له عليه شيء ليجب عما يدعيه عليه ، وغاية ما في الباب أن يكون التوكيل تصرفا في خالص حق الموكل ، لكن تصرف الإنسان في خالص حقه إنما ينفذ إذا لم يتعد إلى الإضرار بالغير (و) هاهنا ليس كذلك ، إذ لا شك أن الناس

متفاوتون في الخصومة) أى من جهة الدعوى والإثبات ، ومن جهة الدفع والجواب . فرب إنسان يصور الباطل في صورة الحق ، ورب إنسان لا يمكنه تمشية الحق على وجهه ، وقد دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام : إنكم تختصمون إلىّ ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض ، فمن قضيت له بشىء من مال أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من نار » ذكره في أدب القاضي والأسرار ، ومعلوم أنه لا يركل عادة إلا من هو ألدّ وأشدّ في الخصومات ليطلب على الخصم (فلو قلنا بلزومه) أى يلزم التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم (يتضرر به) أى يتضرر الخصم به (فيتوقف على رضاه) فصار (كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما) أى أحد الشريكين (يتخير الآخر) أى يتخير الشريك الآخر بين إمضاء الكتابة وفسخها ، فكان تصرف أحدهما متوقف على رضا الآخر ، وإن كان تصرفاً في خالص حقه لمكان ضرر شريكه . قال صاحب النهاية في شرح الدليل المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله : ومعنى هذا الكلام أن الحضور والجواب مستحق عليه بدليل أن القاضي يقطع عن أشغاله ويحضره ليجيب خصمه ، والناس يتفاوتون في هذا الجواب ، فرب إنكار يكون أشدّ دفعا للمدعى من إنكار . والظاهر أن الموكل إنما يطلب من الوكيل ذلك الأشدّ ، فإن الناس إنما يقصدون بهذا التوكيل أن يشتغل الوكيل بالحيل والأباطيل لينفع حق الخصم عن الموكل وفيه إضرار بالخصم ، وأكثر ما في هذا الباب أن يكون توكيله بما هو من خالص حقه ، ولكن لما كان يتصل به ضرر بالغير من الوجه الذى قلنا لا يملك بدون رضاه انتهى كلامه . وعلى هذا المنوال سبق الدليل المزبور في الكافي ومعراج الدراية أيضا . أقول : فيه نظر ، لأن أصل هذه المسئلة عام لصورة التوكيل من جانب المدعى ، ولصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما أنصح عنه الشراح قاطبة في صدر هذه المسئلة وصرح به في عامة كتب الفتاوى أيضا . وفي تقرير الدليل المزبور على الوجه الذى ذكره هؤلاء الشراح تخصيص ذلك بصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما ترى فكان تقصيرا منهم لتحمله التقرير بوجه يعم الصورتين معا كما ذكرناه في شرحنا . وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام : ولأبي حنيفة رحمه الله أن لا تنسلّم أنه تصرف في خالص حقه ، فإن الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في مجلس القاضي ، والمستحق للغير لا يكون خالصا له . سلمنا خلوصه له لكن تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره ، وهاتان ليس كذلك لأن الناس يتفاوتون في الخصومة ، فلو قلنا يلزمه لتضرر به فيتوقف على رضاه انتهى . أقول : فيه أيضا نظر ، لأنه جعل ما ذكر في الكتاب من قبل أبي حنيفة دليلين : أحدهما معنى لما قلناه ، والآخر تسليى له ، فريد حيث دل الدليل الأول ما يرد على تقرير صاحب النهاية وغيره من كون الدليل مخصوصا بإحدى صورتى المسئلة العامة المدعاة تأمل تحف . فالوجه أن يجعل المجموع دليلا واحدا ويقرر بوجه يعم الصورتين معا كما فعلناه في شرحنا ، لكن الإنصاف أن تأخير المقدمة القائلة إن الجواب مستحق على الخصم إنما هو في صورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما لا يخفى على الفطن المتأمل (بخلاف المريض والمسافر) متصل بقوله إلا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا ، والمراد بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك (لأن الجواب غير مستحق) أبى غير واجب (عليهما) أى على المريض والمسافر (هناك) أى فيها إذا كان الموكل مريضا أو مسافرا لعجز المريض بالمرض وهجر المسافر بالغبية ، فالزم يسقط عنهما الجواب لزم الحرج وهو منتف بالنص ، قال الله تعالى - وما جعل عليكم في الدين من حرج - . أقول : هاتان شيء ، وهو أن ما ذكره المصنف من الفرق إنما ينفذ في صورة إن كان التوكيل من جانب المدعى عليه ، وأما في صورة إن كان من جانب المدعى فلا ، لأن الجواب غير مستحق على المدعى سواء كان صحيحا مقيا أو مريضا مسافرا ، فإن الجواب إنما يجب على من يجبر على الخصومة لأجل من لا يجبر عليها ، مع أن المسئلة عامة للصورتين معا كما تحققت ، فكان ينبغي أن يرد عليه أن يقال : إن توقع الضرر اللازم للمرض والسفر من الموت وآفات التأخير أشدّ من الضرر اللازم بتفاوت الناس في الخصومة فيتحمل الأدنى دون الأعلى . وفي فتاوى قاضيه خان : وأجسوا على أن الموكل لو كان غائبا أدنى مدة السفر أو كان مريضا في الجبر لا يقدر أن يمشى على قدميه إلى باب القاضي كان له أن يوكل مديعا كان أومدعى عليه ، وإن كان لا يستطيع أن يمشى على قدميه ولكنه يستطيع أن يمشى على ظهر دابة أو ظهر إنسان ، فإن ازداد مرضه بذلك صحح التوكيل ، وإن كان لا يزداد اختلافوا فيه ، قال بعضهم : هو على الخلاف أيضا ، وقال بعضهم : له أن يوكل وهو الصحيح انتهى (ثم كما يلزم التوكيل

عنده) أى عند أى حنيفة (من المسافر يازم إذا أراد السفر للتحقق الضرورة) إذ لو لم يازم يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه .
 وفى فتاوى قاضيهان : وكما يجوز للمسافر أدنى مدة السفر أن يوكل بغير رضا الخصم يجوز لمن أراد أن يخرج إلى السفر لكن لا يصدق أنه يريد السفر ، ولكن القاضي ينتظر إلى زيه وعدة سفره أو يسأل عن يريد أن يخرج معه فيسأل عن رفقائه كما فى فسق الإجارة انتهى (ولو كانت المرأة غادرة) اختلفت عبارات المشايخ فى تفسير الغدرة : فقال بعضهم : هى التى لم تخرج عادتيا بالبروز وحضور المجلس القاضي . وقال الإمام الزيدى : هى التى لا يراها غير الحارم ، وأما التى جلست على المنصة فرأها الأجانب لا تكون غادرة ، فاختار المصنف التفسير الأول حيث قال (لم تخرج عادتيا بالبروز وحضور مجلس الحاكم) فإن هذا صفة كاشفة لغدرة جارية مجرى التفسير لما (قال الرازى) أراد به الإمام أبى بكر الجصاص أحد بن على الرازى صاحب التصنيفات الكثيرة فى الأصول والفروع وأحكام القرآن ، وإليه انتهت رئاسة أصحاب أبى حنيفة ببغداد بعد الشيخ أبى الحسن الكرخى ، وكانت ولادته سنة خمس وثلاثمائة ومات سنة سبعين وثلاثمائة (يازم التوكيل) أى يازم التوكيل منها بلا رضا الخصم وبدون علل المرض والسفر لأنها لو حضرت لا يمكن أن تنطق بمقتها لحيايتها يازم توكيلها) دفعا للحرج ، ولو وكلت بالخصومة فوجب عليها البين وهى لا تعرف بالخروج وغاطلة الرجال فى الحوائج يبعث إليها الحاكم ثلاثة من السلول يستحلونها أحدهم ويشهد الآخران على حلها ، وكذا فى المريضة إذا وجب عليها عين لأن النيابة لا تجرى فى الأيمان ، هكذا ذكر العبد الشيدى أدب القاضي ، وذكر فيه وإن كان يبعث إلى الغدرة والمريضة أو إلى المريض خليفة فيحصل الخصومة هناك يجوز ، لأن مجلس الخليفة كجلسه كذا فى معراج الدرابة وغيره (قال رضى الله عنه) أى قال المصنف (وهذا) أى ما قاله الرازى (شىء استحسنه المتأخرون) وفى فتاوى قاضيهان : ويجوز للمرأة الغدرة أن توكل وهى التى لم تخاطل الرجال بكرا كانت أو ثيبا ، كذا ذكره أبو بكر الرازى . وقال الشيخ الإمام المعروف بنوهار زاده : ظاهر المنهج عن أبى حنيفة أنها على الاختلاف أيضا ، وعامة المشايخ أمجدوا بما ذكره أبو بكر الرازى وعليه الفتوى انتهى (قال) أى القدرورى فى مختصره (ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل من يملك التصرف) قيل هذا على قول أبى يوسف وعمر ، فأما على قول أبى حنيفة فالشرط أن يكون التوكيل حاصلًا بما يملكه الوكيل ، فأما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذى يشراه الخمر والخزير وتوكيل المحرم الخلال بيع الصيد . وقيل المراد به أن يكون مالكا للتصرف نظرا إلى أصل التصرف وإن امتنع لعارض ، وبيع الخمر يجوز للمسلم فى الأصل ، وإنما امتنع بهارض النهى ، كذا فى الكافى والكفاية والتبيين . قال صاحب النهاية فى تفسير قوله من يملك التصرف : أى من يملك ذلك التصرف الذى وكل الوكيل به ، وقال : قد ذكرنا فى أوائل كتاب الوكالة من رواية الأخيرة أن هذا القيد وقع على قول أبى يوسف وعمر . وأما على قول أبى حنيفة فن شرط الوكالة كون التوكيل حاصلًا بما يملكه الوكيل ، فأما كون الموكل مالكا لذلك التصرف الذى وكل الوكيل به فليس بشرط ، ثم قال : فإن قلت : يشكل على ما ذكرناه فى الكتاب ما ذكره فى الأخيرة بقوله وإذا قال الرجل لغيره خذ عدي هذا وبه بعيد أو قال اشترى به بهيدا صحح التوكيل بهذا ، وإن لم يصبح مباشرة الموكل فى مثل هذا التصرف ، فإن من قال لغيره يبتك هذا العبد بعيد أو قال اشترى منك بهذا العبد بعيدا لا يجوز . قلت : إنما جاز ذلك فى التوكيل بهذا ولم يجر فى مباشرة نفسه لوجود المعنى الفارق بينهما وهو أن البهالة إنما تمنع عن الجواز لإفضائها إلى المنازعة ، وأما إذا لم تؤد إليها فلا تمنع كما فى بيع قفيز من صبرة طعام أو شرائه ثم جهالة الوصف فى التوكيل لأنضى إلى المنازعة لأن التوكيل ليس بأمر لازم ، ولا كذلك المباشرة لأنها لازمة فتفتضى إلى المنازعة ، والمنازع من الصحة المنازعة لأنضى الجهالة انتهى كلامه . أقول : فى جوابه بحث لأن الفارق المذكور به إنما أفادكية صحة التوكيل فى مسئلة الأخيرة وعدم صحة المباشرة بنفسه فى مثلها ، وهذا القدر لا يذغ السؤال المذكور بل يقويه لأن حاصله أن ما ذكر فى الكتاب من شرط الوكالة غير متحقق فى مسئلة الأخيرة مع تحقق الشروط فيها . والفارق المذكور يقرر هذا المعنى كما لا يخفى . وقال صاحب النهاية : قال صاحب النهاية : إن هذا القيد وقع على قول أبى يوسف وعمر . وأما على قول أبى حنيفة فن شرطها أن يكون الوكيل من يملك التصرف لأن المسلم لا يملك التصرف فى الخمر ، ولو وكل به جاز عنده ،

ومنشأ هذا التوهم أنه جعل اللام في قوله يملك التصرف للمهد : أي لا يملك التصرف الذي وكل به ، وأما إذا جعلت للجنس حق يكون معناه يملك جنس التصرف احترازاً عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل ، وهو المراد بدليل قوله من يملك التصرف حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف فإن الأنسب لكلمة من جنس التصرف انتهى . وأورد بعض الفضلاء على قوله فإن الأنسب لكلمة من جنس التصرف ، وأجاب حيث قال : لا يفتي عليك أن مدخول كلمة من هو قوله من يملك دون التصرف . والجواب أن مراده أن المالك للتصرف المخصوص لا يمتد حتى يستقيم إدخاله ومنه في من يملك انتهى . أقول : ليس الأمر كما زعمه ، فلما لانسلم أن المالك للتصرف المخصوص لا يمتد ؛ ألا يرى إلى الحقوق المشتركة مالا كانت أو غيره ، فإن كل واحد من أصحابها يملك التصرف فيها تصرفاً مخصصاً ، وإن وصل مبلغهم في التمدد إلى الألف ، مثلاً إذا كانت دار مشتركة بين كثيرين فلا شك أن كل واحد منهم يملك التصرف فيها بسكنى أو غيره . ولئن سلمنا ذلك فلا نسلم عدم استقامة إدخاله ومنه ، حيث في من يملك ، فإن ذلك إنما يتوهم لو كانت كلمة من هاهنا للتبعية ، وأما إذا كانت للتبيين كما هو الظاهر في المقام فيستقيم جداً كما لا يفتي . ثم إن ما ذكره كله مبنى على فهم أن يكون مراد صاحب العناية بكلمة من في قوله فإن الأنسب لكلمة من جنس التصرف حرف الجر الداخلة على الاسم الموصول . والظاهر أن مراده بها نفس الاسم الموصول بدليل قوله يملك التصرف في قوله حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف ، إذ لو كان مدار كلامه زيادة حرف الجر لقال حيث لم يقل أن يكون الموكل من يملك التصرف بحذف حرف الجر فقط ، فوجه الأنسية حيث أن الاسم المذكور من مبهات المعارف على ما عرف في النحو ومن ألفاظ العام على ما عرف في الأصول ، فيكون المراد به جنس المالك لا الفرد المعين منه ، ولا شك أن الذي يملكه جنس المالك هو جنس التصرف دون التصرف الممهود ، ثم قال ذلك البعض إن الأنسية قد فانت في قوله ويقصده كما لا يفتي . أقول : هذا أيضاً ليس بسديد ، فإن قوله ويقصده وإن لم يكن مقروناً بكلمة من صراحة لكنه مقرون بها حكماً فإنه معطوف على ما هو في حيز كلمة من وهو قوله يعقل العقد في قوله من يعقل العقد . ولا شك أن المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله على ما تقرر في علم الأدب ، فقد حصلت الأنسية المذكورة هناك أيضاً . ثم إن حمل التصرف في قول القدوري ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل من يملك التصرف على جنس التصرف دون التصرف الذي وكل به بما سبق إليه صاحب غاية البيان حيث قال : قيل لا يستقيم هذا الشرط إلا على مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، لأنه لو كان شرط الوكالة أن يكون الموكل مالكا للتصرف على مذهب أبي حنيفة لم يميز أن يوكل المسلم الذي يبيع الخمر وشراؤها ، وهو جائز على مذهب أبي حنيفة مع أن المسلم لا يملك التصرف بنفسه ، فعلم أنه ليس بشرط على مذهبه ، بل الشرط عنده أن يكون الوكيل مالكا للتصرف الذي وكل به . ثم قال : قلت هذا الشرط الذي شرطه القدوري يستقيم على مذهب الكل ، وإنما خص هذا القائل بالاستقامة على مذهبهما لأنه لا يدرى كنه كلام القدوري ، إذ مضمون كلامه أن الوكالة لها شرط في الموكل وشرط في الوكيل . فالأول أن يكون الموكل من يملك التصرف ويلزمه الأحكام . والثاني أن يكون الوكيل من يعقل العقد ويقصده ، ومعنى قوله أن يكون من يملك التصرف أن يكون له ولاية شرعاً في جنس التصرف بأعلية نفسه بأن يكون بالغاً عاقلًا على وجه يلزمه حكم التصرف ، وهذا المعنى حاصل في توكيل المسلم الذي في الخمر والخنزير بيعاً وشراء ، لأن المسلم الموكل عاقل بالغ له ولاية شرعاً في جنس التصرف على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته . والشرط الآخر وهو أن يعقل العقد ويقصده حاصل في الوكيل أيضاً وهو الذي لأنه يعقل معنى البيع والشراء ويقصده ، فصيح الشرط إذن على مذهب الكل ، والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله ، إلى هنا كلامه . ورد عليه الشارح ابن الهمام حيث قال : قيل إنما يستقيم الشرط الأول على قولهما أما على قوله فلا ، لأنه يميز توكيل المسلم الذي يبيع خمر وشراؤها والمسلم لا يملكه . وأجاب بعضهم بأن المراد بملكه التصرف أن يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف بأعلية نفسه بأن يكون عاقلًا بالغاً ، وهذا حاصل في توكيل المسلم الذي يبيع خمر وشراؤها ، ثم حمد الله على ما هداه لذلك ، وهو خطأ إذ يقتضي أن لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح ، بل إذا وكل الصبي المأذون يصح بعد أن يعقل معنى البيع انتهى كلامه . أقول : ما ذهب إليه

صاحب الغاية هاهنا ليس بمثابة أن يقال له هو خطأ بمجرد ما ذكره ابن الممام ، فإن الذي يهجم في توجيه المقام هو قوله المراد بملكه التصرف أن يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف بأهلية نفسه ، وهذا لا يقتضي أن لا يصح توكيل الصبي المأذون كما لا يقتضي على المعارف بحكم الصبي المأذون على مذهبتنا في فصله . وأما قوله بأن يكون بالغاً عاقلاً فمفصلة من التوجيه ذكره لبيان أن المقصود بالشرط المذكور هو الاحتراز عن الجنون والصبي المحجور . وأما الصبي المأذون فكونه بمنزلة البالغ في عامة التصرفات معلوم في علمه فهو في حكم المستثنى ، وعن هذا ترى الفقهاء في كل عقد جعلوا العقل والبلوغ شرطاً فيه وقصدوا به الاحتراز عن الصبي والجنون لم يستثنوا الصبي المأذون عنه صراحة (وتلزمه الأحكام) قيل هذا احتراز عن الوكيل فإن الوكيل ممن لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك ، لأن الوكيل بالشراء لا يملك المبيع والوكيل بالبيع لا يملك الثمن فلذلك لا يصح توكيل الوكيل غيره . وقيل هو احتراز عن الصبي والعبد المحجورين ، فإنيهما لو اشترى شيئاً لا يملكه فلذلك لم يصح توكيلهما ، كذا في أكثر الشروح . قال صاحب غاية البيان للقول الثاني : وهذا هو الأصح من الأول ولم يبين وجهه . وقال صاحب العناية : قوله ويلزمه الأحكام يحتمل أحكام ذلك التصرف وجنس الأحكام . فالأول احتراز عن الوكيل إذا وكل فإنه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لأنه لم تلزمه الأحكام ، وعلى هذا يكون في الكلام شرطان . والثاني : احتراز عن الصبي والجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الأحكام شرطاً واحداً ، وهذا أصح لأن الوكيل إذا أذن له بالتوكيل صح ولم يلزمه أحكام ذلك التصرف . فإن قلت : إذا جعلتهما شرطاً واحداً لزم ملك الوكيل فإنه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الأحكام ولا يجوز توكيله قلت : غلط لأن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه انتهى كلامه (لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل) تعليل لاشتراط ما شرطت الوكالة به : يعني أن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائباً عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه حال (فلا بد أن يكون الموكل مالكا) أي للتصرف (لأنه ممن غيره) قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل أو التصرف الذي وكل فيه ، والثاني مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذي يبيع الخمر ، والأول ممنوع فإنه يملكه بأهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح . والجواب أن الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة عن الموكل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة ، وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا للكلام فيه ، ولا ينافيه أيضاً لجواز ثبوت شيء بأمرين على البطل انتهى . أقول : في جوابه نظر ، لأن كون الوكيل من حيث هو وكيل مالكا لجنس التصرف من جهة الموكل إنما يتوهم في التوكيل بتصرف لا يبيعه بأن قال اصنع ماشئت أو اعمل برأيك ، وأما في التوكيل بتصرف بعبء كما فيا نحن فيه من مادة التقض بتوكيل مسلم ذمياً ببيع خمر فلا يتصور ذلك قطعاً ، إذ لا شك أن الوكيل هناك إنما يملك من جهة الموكل التصرف بالعين الموهود الذي وكل به وهو بيع الخمر لا لجنس التصرف مطلقاً ولا لصح له أن يتصرف هناك بتصرف آخر ، كأن يبيع الخمر التي وكل ببيعها لدى أو يشتري بها متاً شيئاً أو نحو ذلك من جنس التصرفات ، وليس كذلك قطعاً . والخروج عندي في الجواب أن يختار الشق الثاني وهو أن الوكيل يملك التصرف الذي وكل به من جهة الموكل . ويلغى التقض المذكور يحمل ما في الكتاب على قول أبي يوسف ومحمد أو بناء ذلك على الأصل فإن بيع الخمر جائز للمسلم في الأصل ، وإنما امتنع بعارضي النبي ، وقد ذكرنا كلا الوجهين في صدر الكلام نقلاً عن الكتب المعتمدة (ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد) بأن يعرف مثلاً أن البيع سالب والشراء جالب ويعرف الثمن اليسير من الثمن الفاحش ، كذا ذكره في مأذون اللخيرة وفي أكثر المتبررات ، وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والجنون (ويقصده) أي يقصد العقد ، والمراد أن لا يكون هازلاً فيه ، كذا رأى جمهور الشراح . ورد عليهم الشارح ابن الممام حيث قال بعد نقل قولهم : أي ارتباط بين حصّة الوكالة وكون الوكيل هازلاً في البيع ولو كان في بيع ما وكل ببيعه غايته أن لا يصح ذلك البيع والوكالة نصيحة انتهى . أقول : يخرج الجواب عنه بما ذكره الشارح تاج الشريعة هاهنا حيث قال : القصد شرط في وقوع العقد عن الآخر ، حتى لو تصرف هازلاً لا يقع عنه انتهى فتأمل . وإنما اشترط ذلك في الوكيل (لأنه يقوم مقام الموكل) في العبارة فلا بد أن يكون من أهل العبارة (وأهلية العبارة) لا تكون إلا بالعقل والتمييز لأن كلام غير المميز

كالحائز العيود (حتى لو كان) أي الوكيل (صبيًا لا يقل أو مجنونًا كان التوكيل باطلا) إذ ليس لهما أهلية العبارة فلا يتعلق بقبولهما حكم. قال صاحب الفتاوى : وهذا يشير إلى أن معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليس بشرط في صحة التوكيل ، لكن ذكر في الكتاب أن ذلك شرط ، وهو مشكل لأنهم اتفقوا على أن توكيل الصبي العاقل صحيح ، ومعرفة ما زاد على وده نية في المتاع ووده يازده في الحيوان ووده دوازه في الفار ، أو ما يدخل تحت تقويم المقيمين مما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه . انتهى . أقول : فيه بحث ، لأنه إن أراد أن معرفة نفس الغبن الفاحش الداخل تحت أحد الضميرين المذكورين مما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه فنسوح ، إذ لا شك أن من لا يعارس العلم أصلا فضلا عن الاشتغال بعلم الفقه يعرف باختلاطه بالناس وتعامله معهم أن مازاد على ما يدخل تحت تقويم المقيمين أو مازاد على وده نية في المتاع ووده يازده في الحيوان ، ووده دوازه في العقار فاحش ، وما دون ذلك غبن يسير كما هو حال أكثر أهل السوق . وإن أراد أن معرفة عبارات أهل الشرع في الغبن الفاحش واليسير واصطلاحاتهم فيه مما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه فسلم ، لكن لا يجدي ذلك شيئا ، إذ لا يخفى أن المراد بما ذكر في الكتاب معرفة الغبن اليسير من الفاحش على الوجه الأول دون الثاني (وإذا وكل الحر البالغ أو المأذون مطلقا جاز) هذا لفظ القنورى في مختصره ، وكان ينبغي أن يقيد بالعاقل أيضا لأن المجنون إذا وكل غيره لا يجوز ، وكأنه إنما لم يقيد بذلك بناء على الغالب لأن غالب أحوال الإنسان أن يكون عاقلًا ، أو بناء على أن اشتراط العقل مما يعرفه كل أحد ، وإنما أطلق المأذون ليشمل العبد والصبي المأذونين ، فإن توكيل كل واحد منهما غيره جائز كسائر تصرفاتهم ، ثم إن هذا غير منحصر في المثلية في صفة الحرية والرقية ، بل يجوز للموكل أن يوكل من فوقه كتوكيل العبد المأذون الحر أو من دونه كتوكيل الحر العبد المأذون ، ألا يرى أن التعليل بقوله (لأن الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة) يشمل الأوجه الثلاثة من المثلية والفرقية والدونية كما ذكر في النهاية ومراجع الدراية ، ومن هذا قال صدر الشريعة في شرح الوقاية : ولوقال كلامهما كان أهل تناوله توكيل الحر البالغ مطلقا أو المأذون ، وتوكيل المأذون مثله أو أحرار البالغ انتهى . وصاحب الفتاوى قد رام توجيه الكلام في هذا المقام حيث قال : ويفهم من قوله مطلقا جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الأولى . أقول : لا يذهب عليك أنه لا يجدي كثير طائل ، إذ يبقى حينئذ جواز توكيل من كان دون الموكل محلا للكلام ، على أن قوله من كان فوقهما لا يخلو عن سباجة إذ لا أحد فوق الحر البالغ (وإن وكل) أي الحر البالغ أو المأذون (صبيًا محجورا يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا عليه جاز) خلافا للشافعي رحمه الله (ولا يتعلق بهما الحقوق) أي حقوق ما بأشراء من القصد كالتقاضي وأمينه حيث لا عهدة عليهما فيما فعلاه (وتتعلق بموكلهما) وإنما جاز توكيلهما عندنا لانتهاء ما بمنعه ، أما من جانب الموكل فظاهر ، وأما من جانب الوكيل فلما ذكره بقوله (لأن الصبي) من أهل العبارة ، ألا يرى أنه ينبغي تصرفه بإذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له أي للتصرف على نفسه ولهذا أصبح طلاقه وإقراره بالحدود والقصاص (وإنما لا يملكه) أي التصرف (في حق المولى) دفعا للضرر عنه (والتوكيل ليس تصرفا في حقه) أي في حق المولى لأن صحة التوكيل تتعلق بصحة العبارة والعبد باق على أصل الحرية في حق صحة العبارة ، فإن صحته بكونه آدميا (إلا أنه لا يصح منهما) أي من الصبي والعبد المحجور (التزام الهبة ، أما الصبي لقصور أهليته) أي أما الصبي المحجور عليه فللقصور أهليته بعدم البلوغ (والعبد لحق سيده) أي وأما العبد المحجور عليه فلثبوت حق سيده في مالتيه ، فلو لزمه الهبة لتضرر به المولى ، وإذا كان كذلك (فلتزم) أي الهبة (الموكل) لأنه أقرب الناس إليهما حيث انتفع بصرفهما . ويفهم من هذا التعليل أن العبد إذا أعتق لزمه الهبة لأن المانع من لزومه كان حق المولى وقد زال ذلك بالعتق ، وأن الصبي إذا بلغ لم يلزمه الهبة لأن المانع من لزومه كان قصور أهليته حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت فلم يلزمه بعد البلوغ أيضا . والفرق بينهما بهذا الوجه بما ذكر صريحا في المبسوط وشرح الجامع الصغير للإمام قاضيخان . ثم إن في تقييد الصبي والعبد بقوله محجورا عليه إشارة إلى أنهما لو كانا مأذونين لتعلق الحقوق بهما لكن ذلك ليس بمطلق بل فيه تفصيل ذكر في الخيرة . وهو أن الصبي المأذون إذا وكل بالبيع فباع لزمه الهبة سواء كان الشئ حالا أو مؤجلا وإذا وكل بالشراء ، فإن وكل بالشراء بشئ مؤجل لم تلزمه الهبة قياسا واستحسانا بل تكون الهبة على

ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لأن العقد يقوم بالكلام ، وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لأنه يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ، ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول ، وإذا كان كذلك كان أصيلا في الحقوق فتعلق به ولهذا قال في الكتاب (يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن إذا اشترى ، ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه) لأن كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه ،

(ولنا أن الوكيل هو العاقد) يعني أن الوكيل في هذا الضرب هو العاقد (حقيقة) أي من حيث الحقيقة (لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته) أي وصحة عبارة العاقد : أي صحة كلامه (لكونه آدميا له أهلية الإيجاب والاستيجاب لكونه كيلا ، فكان العقد الواقع بينه ولغيره سواء . وفي الكافي : فقضيته تستدعي أن يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير أن الموكل لما استتابه في تحصيل الحكم جعلناه نائبا في حق الحكم ورأينا الأصل في حق الحقوق (وكذا حكما) أي وكذا الوكيل في هذا الضرب هو العاقد من حيث الحكم (لأنه) أي الوكيل (يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ولو كان سفيرا) عنه (لما استغنى عن ذلك) أي عن إضافة العقد إلى الموكل (كالرسول) والوكيل بالنكاح فإنهما لا يستغنيان عن الإضافة إليه (وإذا كان كذلك) أي إذا كان الوكيل في هذا الضرب هو العاقد حقيقة وحكما (كان أصيلا في الحقوق فتعلق) حقوق العقد (به) أي تتعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل (فلهذا) أي فلكون الوكيل في هذا الضرب أصلا في الحقوق (قال في الكتاب) أي قال القندوري في المختصر . وقيل : أي قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير أو المبسوط (يسلم المبيع) أي يسلم الوكيل المبيع (ويقبض الثمن) إذا باع (ويطالب) بصيغة المجهول : أي يطالب الوكيل (بالثمن إذا اشترى ويقبض المبيع) أي ويقبض المبيع إذا اشترى (ويخاصم في العيب ويخاصم فيه) يفتح الصاد في الأول وكسرها في الثاني ، فالأول فيما إذا باع ، والثاني فيما إذا اشترى على الترتيب السابق . واعلم أن هاهنا قاعدة جليلة يجب التنبيه لها قد ذكرها صدر الشريعة في شرح القواية حيث قال : يجب أن يعلم أن الحقوق نوحان : حق يكون للوكيل ، وحق يكون على الوكيل . فالأول كقبض المبيع ومطالبة الثمن المشتري والمخاصمة في العيب والرجوع بشيء مستحق ، ففي هذا النوع للوكيل ولاية هذه الأمور . لكن لا يجب عليه ، فإن امتنع لا يجبره الموكل على هذه الأعمال لأنه يبرح من العمل بل يوكل الموكل بهذه الأعمال ، وسيأتي في كتاب المضاربة بعض هذا ، وإن مات الوكيل فولاية هذه الأعمال لورثته ، فإن امتنعوا وكلا موكل مورثهم . وعند الشافعي للموكل ولاية هذه الأعمال بلا توكل من الوكيل أو وارثه . وفي النوع الآخر يكون الوكيل مدعي عليه فللمدعي أن يجبر الوكيل على تسليم المبيع وتسليم الثمن وأنهما إلى هنا كلامه (والملك يثبت للموكل خلافة عنه) أي عن الوكيل ، هذا جواب عما قاله الشافعي إن الحقوق تابعة لحكم التصرف ، والحكم وهو الملك يتعلق

في النكاح (ولنا أن الوكيل هو العاقد في هذا الضرب حقيقة وحكما) أما حقيقة فلأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا له أهلية الإيجاب والاستيجاب فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواء . وأما حكما فلأنه يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ، بخلاف الرسول والوكيل بالنكاح فإنهما لا يستغنيان عن الإضافة إليه ، وإذا كان كذلك كان الوكيل أصيلا في الحقوق فتعلق به فلهذا قال القندوري في المختصر أو قال محمد في المبسوط : يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن إذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لأن ذلك كله من حقوق العقد (قوله والملك يثبت للموكل خلافة) جواب عما قاله الشافعي إن الحقوق تابعة لحكم التصرف ، والحكم يتعلق بالموكل فكذا توابعه . وتقريره أن الملك يقع للموكل ولكن يعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه ، ومعنى الخلافة أن يثبت الملك للموكل ابتداء ، والسبب انعقد موجبا حكمه للوكيل فكان قائما مقامه في ثبوت الملك بالتوكيل السابق ، وهذا طريقة أبي طاهر الدباس وإليه ذهب جماعة من أصحابنا . وقال خمس الأئمة : قول أبي طاهر أصح . وقال المصنف : هو الصحيح . فإن قيل : قول أبي طاهر كقول الشافعي فكيف يصح جوابا عنه مع التزام قوله فإنه يقول الحكم وهو الملك

(قوله جواب عما قاله الشيخ) أقول : خلاصة الجواب أنكم إن أردتم أن الحقوق تابعة لحكم التصرف الثابت أصالة فسلم وما نحن فيه ليس كذلك ، وإن أردتم مطلقا فمتروك وحل النزاع إلا فيه (قوله على سبيل الخلافة الخ) أقول : قوله على متعلق بقوله يقع ، ولأنني إن الملك للموكل يقع على سبيل الخلافة تأمل (قوله والسبب انعقد موجبا حكمه للوكيل) أقول : قوله الوكيل متعلق بقوله موجبا (قوله فإن قيل ، إل قوله : فإنه يقول) أقول : التفسير في قوله فإنه راجع إلى أبي طاهر .

اعتباراً للتوكيل السابق كالعديد ويب ويصطاد هو الصحيح :

بالموكل فكلما توابه . تقريره أن الملك يثبت للموكل ابتداء ، لكن لأصالة حتى يثبت له توابه أيضاً بل خلافة عن الوكيل ، ومعنى الخلافة أن يثبت الملك للموكل ابتداء وينتقد السبب موجبا حكمة الوكيل فكان الموكل قائماً مقام الوكيل في ثبوت الملك (اعتباراً للتوكيل السابق) والحاصل أن الوكيل خلف عن الموكل في حق استفاضة الصرف والموكل خلف عن الوكيل في حق ثبوت الملك (كالعديد ويب ويصطاد) فإنه إذا أهب : أى قبل الهبة واصطاد يثبت الملك للموكل ابتداء خلافة عن العبد ، فإن مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب كما ذكر في المبسوط . وتحقيق المسئلة أن لتصرف الوكيل جهتين : جهة حصوله بعبارة وجهته نيابته ، وإعمالها ولو بوجه أولى من إعمال أحدهما ، فلو أثبتنا الملك والحقائق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولها بعبارة وأهليته بطل توكيل الموكل ، ولو أثبتناهما للموكل بطل عبارة الوكيل ، فأثبتنا الملك للموكل لأنه الغرض من التوكيل ، وإليه أشار المصنف بقوله اعتباراً للتوكيل السابق فتعين الحقوق للوكيل ، ويجوز أن يثبت الحكم لغیر من انقذه له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فإن مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب ، كذا في العناية . ثم اعلم أن هذا الملك طريقة أبى طاهر الدباس وإليه ذهب جماعة من أصحابنا . قال حميد الأعمى السرخسى : قول أبى طاهر أصح . وقال المصنف (هو الصحيح) واسترز به عن طريقة أبى الحسن الكرخى وهى أن الملك يثبت للوكيل أولاً ثم ينتقل إلى الموكل ، وإليه ذهب بعض أصحابنا وهى اختيار الإمام قاضيهان كما ذكر في التصريح ، وإنما قال هو الصحيح لأن الوكيل إذا اشترى منكوبة أو قربه لا يفسد النكاح ولا يمتنع عليه ، ولو لم يثبت له الملك لما كان كذلك . قال صاحب العناية : وجوابه أن نفوذ الحق يحتاج إلى ملك مستقر دائم وملك الوكيل غير مستقر ولا دائم فيه بل يزول عنه في ثانی الحال وينتقل إلى الموكل باختيار الوكالة السابقة . قال في الزیادات فيمن تزوج أمة ثم حره رقبته فأجاز مولاه فإنه تصير أمة مهرا للحره ولا يفسد النكاح وإن ثبت الملك للزوج فيها ، لأن ملكه غير مستقر حيث ينتقل منه إلى الحره فكل ذلك هاهنا انتهى . وقال صاحب العناية بعد ذكر هذا الجواب : وفيه نظر لأنه يخالف إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه » الحديث انتهى . أقول : الجواب عن هذا النظر

يثبت الموكل فكلما الحقوق ، فأجواب أنه ليس كذلك لأنه يقول بثبوت الملك له خلافة والشافعى أصالة . وتحقيق المسئلة أن لتصرف الوكيل جهتين : جهة حصوله بعبارة ، وجهته نيابته عن الموكل ، وإعمالها ولو بوجه أولى من إعمال أحدهما ، فلو أثبتنا الملك والحقائق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولها بعبارة وأهليته بطل التوكيل ، ولو أثبتناهما للموكل بطل عبارة فأثبتنا الملك للموكل لأنه الغرض من التوكيل ، وإليه أشار المصنف بقوله (اعتباراً للتوكيل السابق) فتعين الحقوق للوكيل ، ويجوز أن يثبت الحكم لغیر من انقذه له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فإن مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب (قوله هو الصحيح) احتراز عن طريقة الكرخى وهى أن الملك يثبت للوكيل لتحقيق السبب من جهته ثم ينتقل إلى الموكل ، وإنما كان الأول هو الصحيح لأن المشتري إذا كان منكوبة الوكيل أو قربه لا يفسد النكاح ولا يمتنع عليه ، ولو ملك المشتري لكان ذلك . وأجيب بأن نفوذ الحق يقتضى ملكاً مستقراً . قال في الزیادات فيمن تزوج أمة ثم حره رقبته فأجاز المولى صارت الأمة مهرا للحره ولم يفسد النكاح وإن ملكها الزوج لعدم استقرار الملك وملك الوكيل غير مستقر ينتقل في ثانی الحال فلا يمتنع عليه . وفيه نظر لأنه يخالف إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام « من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه » الحديث . وقال القاضى أبو زيد : الوكيل نائب في حق الحكم أصح في حق الحقوق ، فإن الحقوق تثبت له ثم تنتقل إلى الموكل من قبله ،

(قوله وهى أن الملك يثبت) أقول : وقد سبق أننا آتينا أنه مقتضى القياس (قوله لأنه يخالف إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام) أقول : المطلق ينصرف إلى الكامل كما نص عليه في كتب الأصول ، والملك الكامل هو الملك المستقر (قوله وقال الشافعى البع) أقول : والى يظهر من كلام المصنف أنه اختار قول أبى زيد إلا أن يقول قوله كان أصلاً في الحقوق ويصل على البالغة في التشبيه (قوله ثم ينتقل إلى الموكل من قبله) أقول : يضى بأن يركله .

قال العبد الضعيف: وفي مسألة العيب تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى. قال (وكل عقد يضيفه إلى موكله كالتكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها) لأن الوكيل فيها سفير محض، ألا يرى أنه لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل، ولو أضافه إلى نفسه كان التكاح له فصار كالرسول،

ظاهر، إذ قد تقرر عندهم أن المطلق ينصرف إلى الكامل، ولا شك أن الملك الكامل هو الملك المستقر فلا مخالفة. قال الصدر الشهيد: إن القاضي أبا زيد خالفهما وقال: الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في حق الحقوق، فإن الحقوق تثبت له ثم تنتقل إلى الموكل من قبله فوافق أبا الحسن في حق الحقوق، ووافق أبا طاهر في حق الحكم وهذا حسن، كذا ذكر في الإيضاح والفتاوى الصغرى (قال رضى الله عنه) أى قال المصنف رحمه الله (وفي مسألة العيب تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى) أراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله: وإذا اشترى الوكيل ثم أطلع على عيب فله أن يرده بالعيب مادام المبيع في يده، وإن سلمه إلى الموكل لم يرد له إلا بإذنه، كذا في عامة الشروح. قال بعض الفضلاء: اقتصر عليه قصور بل الظاهر عموم الحوالة لما يذكره في فصل في البيع بقوله ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب الخ. أقول: الذى يتعلق بما نحن فيه من تعلق حقوق العقد بالوكيل دون الموكل من المسائل الآتية في الكتاب إنما هو الذى ذكره الشراح هاهنا، فإن الوكيل إذا اشترى شيئا ثم أطلع على عيب فله أن يرده على بائنه بمقتضى تعلق حقوق عقد الشراء بالوكيل. ثم بعد هذا إن بيع المبيع في يده يبق حق الرد له، وإن لم يبق في يده بل كان سلمه إلى الموكل يسقط ذلك الحق عنه لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم فيتوقف الرد على إذن الموكل. ولما لم يعلم هذا التفصيل هاهنا وكان مما يحتاج إلى بيانه أحالة المصنف رحمه الله عن ما سيذكره في فصل الوكالة بالشراء من باب الوكالة بالبيع والشراء. وأما الذى يذكره في فصل الوكالة بالبيع بقوله ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب الخ فما لامساس له بما نحن فيه، فإن حاصل ذلك أنه إذا رد العبد على الوكيل بالبيع بعيب فإن رد عليه بحجة كاملة يرده على الموكل، وإن رد عليه بحجة قاصرة لا يرده عليه، وهذا أمر وراء تعلق حقوق العقد بالوكيل يجرى بين الموكل والوكيل، ولا شك أن المقصود بالحوالة ما يتعلق بما نحن فيه لا ما يتعلق بمجرد العيب، فلهذا لم يعمموا الشراح كما توهمه ذلك القائل (قال) أى القدرى في مختصره (وكل عقد يضيفه) أى يضيفه الوكيل (إلى موكله) هذه ضابطة الضرب الثانى: أى كل عقد لا يستغنى الوكيل فيه عن الإضافة إلى الموكل (كالتكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل) ففرع على ذلك بقوله (فلا يطالب) بصيغة المجهول (وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها) أى تسليم المرأة إلى زوجها (لأن الوكيل فيها) أى في هذه العقود (سفير محض) أى معبر محض حاك قول الموكل، ومن حكى قول الغير لا يلزمه حكم قول ذلك الغير (ألا يرى أنه) أى الوكيل (لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل) كيف (ولو أضافه إلى نفسه كان التكاح) مثلا (له) أى للوكيل نفسه فيخرج عن حكم الوكالة والكلام فيه (فصار كالرسول) يعنى إذا كان الوكيل في هذا الضرب سفيرا محضا فقد صار كالرسول في باب البيع وبخره، ولا شك أن الحكم

فوافق أبا الحسن في حق الحقوق وأبا طاهر في حق الحكم. قال الصدر الشهيد: هذا حسن. قال المصنف (وفي مسألة العيب تفصيل نذكره) وأراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله: وإذا اشترى الوكيل ثم أطلع على عيب فله أن يرده بالعيب مادام المبيع في يده، فإن سلمه إلى الموكل لم يرد له إلا بإذنه: قال (وكل عقد يضيفه إلى موكله الخ) هذه ضابطة الضرب الثانى: كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله كالتكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا

(قال المصنف: وفي مسألة العيب: إلى قوله: وإذا اشترى الوكيل الخ) أقول: اقتصر عليه قصور بل الظاهر عموم الحوالة لما يذكره في فصل البيع بقوله ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده الخ.

وهذا لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لأنه إسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا . والضرب الثاني من أخواته المقتضى على مال

في الرسالة يرجع إلى المرسل دون الرسول (وهذا) يعني كون الحقوق في هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل . وهذا على ما هو دأب المصنف رحمه الله في كتابه هذا من أنه يقول بعد ذكر دليل على مدعى : وهذا لأن الخ ، ويريد به بذكر دليل آخر ليأتى بعد أن ذكر دليلا إثباتا فهاهنا لما بين إثبات كون الحقوق في هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل يكون الوكيل فيها سفيرا محضا غير مستغن عن إضافة العقد إلى الموكل أراد أن يبين لميته أيضا بقوله (لأن الحكم فيها) أى في هذه العقود (لا يقبل الفصل عن السبب) حتى لم يدخل فيها خيار الشرط ، إذ الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب ، وهذه العقود لا تقبل ذلك (لأنه) أى لأن السبب في هذه العقود (إسقاط) أى من قبيل الإسقاطات ، أما في غير النكاح فظاهر ، وأما في النكاح فلا ينحل النكاح إلا بغيره ، ومن هنا خلق حرائر والحرية تستدعي انقضاء ورود الملك على من اتصف بها ، إلا أن الشارع أثبت نوع ملك على الحرية بالنكاح تحقيقا لمعنى النسل ، فكان ذلك إسقاطا لمعنى المالكية الذي كان ثابتا للحرية بطريق الأصول ، كذا نقل عن العلامة شمس الدين الكردى ، ولأن الأصل في الأضباع الحرمة فكان النكاح إسقاطا لحرمة نظرا إلى الأصل كذا ذكر في الكافي . وإذا كان السبب في هذه العقود إسقاطا (فيتلاشى) أى فيضمحل (فلا يتصور صدوره) أى صدوره بالسبب بطريق الأصول (من شخص وثبوت حكمه لغيره) كما في الضرب الأول (فكان سفيرا) أى فكان الوكيل فيها نحن فيه سفيرا محضا . فإن قلت : ليس الكلام في الحكم بل في الحقوق فما فائدة قوله لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب ؟ قلت : إنهم قالوا في الضرب الأول إن الحكم يثبت للموكل بخلافه من الوكيل اعتبارا للتركيب السابق ، وتتمتع الحقوق بالوكيل اعتبارا لغيرته ، وهاهنا إذا لم ينفصل الحكم عن العبارة لكونها للإسقاط ، فإما أن يثبت الحكم للوكيل أو تنتقل العبارة إلى الموكل ، والأول باطل لأنه يطل التركيب وينافي الإضافة إلى الموكل فتعين الثاني ، وإليه أشار بقوله فكان سفيرا (والضرب الثاني) وهو كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله (من أخواته) أى من أفرادها التي يبين أشوة : أى مشاركة في الحكم (المقتضى على مال) .

يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المرأة بتسليمها لأن الوكيل فيها سفير ومبرع محض لعدم استغنائه عن إضافته إلى الموكل . فإنه إن أضافه إلى نفسه كان النكاح له فكان كالرسول وجارته عبارة المرسل فكان العقد صدر منه ، ومن صدر منه العقد رجع إليه الحقوق كما في الضرب الأول . قال المصنف (وهذا لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب ، لأنه) يعني أن السبب في هذه العقود إسقاط فيتلاشى ، ومعنى الإسقاط في غير النكاح ظاهر . وأما فيه فلا ينحل الأصل في محل النكاح عدم ورود الملك عليهن لكونهن من بنات آدم كالكردى ، إلا أن الشارع أثبت نوع ملك على الحرية بالنكاح ضرورة النسل وفي ذلك إسقاط لما كتبنا في فتاوى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره . ولقائل أن يقول : ليس الكلام في نقل الحكم بل هو في نقل الحقوق فما فائدة قوله لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب ؟ والجواب أنا قد قلنا في الضرب الأول إن الحكم ينتقل إلى الموكل أو يثبت له بخلافه اعتبارا للتركيب السابق وتبقى الحقوق متعلقة بالوكيل اعتبارا لغيرته ، وهاهنا الحكم لا ينفصل عن العبارة لا بالتأخير بشرط التأخير ولا بغيره لكونها للإسقاط ، فإما أن يبقى الحكم للوكيل أو تنتقل العبارة إلى الموكل ، والأول باطل لأنه يطل التركيب وينافي الإضافة إلى الموكل فتعين الثاني ، وإليه أشار بقوله فكان سفيرا والله دره على فضله وتذنبه للطلافت العبارة ، جزاء الله عن العطفة خيرا . قال (والضرب الثاني) من أخواته الخ) أى ومن أخوات الضرب الثاني

(قوله لكونهن من بنات آدم) أقول : مقتضى بالتوكيل بفرار العبد وبهجه فتأمل في الفرق (قوله أن الحكم ينتقل إلى الموكل) أقول : هذا على قول الكرخي (قوله أو يثبت له بخلافه) أقول : هذا على قول أبي طاهر الدباس (قال المصنف والضرب الثاني الخ) أقول : والضرب مبتدأ والجملة التي بعده معنى قوله من أخواته الخ خبره (قوله والضرب الثاني) أى العقود التي ذكرت في الضرب الثاني من أخواته ، وإنما فسرنا به لأن المقتضى على مال وأخواته من مشمولات الضرب الثاني لامن أخواته كما لا يخفى . قال العلامة التتبي في الكافي : والمقوق في كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله كالتكليف والتعلم والصليح عن دم الممد والمقتضى على مال الكتابة والصليح عن إنكار يتعلق بالموكل دون الوكيل انتهى .

والكتابة والصلح على الإنكار . فأمّا الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الأول ، والوكيل بالهبة والتصدق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضا لأن الحكم فيها يثبت بالقبض ،

قوله والضرب الثاني مبتدأ موصوف . وقوله من أخواته خبر مقدم لـ مبتدأ ثان وهو قوله العتق على مال . والجملة أختي المبتدأ الثاني مع خبره خبر للمبتدأ الأول ، فحاصل المعنى ومن أخوات الضرب الثاني العتق على مال . قال بعض الفضلاء في تفسير كلام المصنف هاهنا : أي العقود التي ذكرت في الضرب الثاني من أخواتها العتق على مال ، وقال : إنما فسرنا به لأن العتق على مال وأخواته من مشمولات الضرب الثاني لامن أخواته . أقول : لا ينبغي على ذي مسكة أن التفسير الذي ذكره ذلك القائل مما لا يساعده التركيب من حيث العربية أصلا فكيف يحمل المعنى عليه . وأما كون العتق على مال وأخواته من مشمولات الضرب الثاني لامن أخواته فلأنما يثنى اعتبار الأخوة بين الضرب الثاني ومشمولاته ، وليس ذلك من ضرورات كلام المصنف هاهنا لأنه يجوز أن يكون إضافة الأخوات إلى ضمير الضرب الثاني لكونها من أفرادها ، ويكون التعبير عنها بالأخوات للتنبية على مشاركتها في الحكم كما أشرنا إليه في تفسير قوله من أخواته . نعم المتبادر من الإضافة اعتبار الأخوة بين المضاف والمضاف إليه كما في نظائره ، لكن قرينة المقام صارقة عنه إلى ما قلنا فتدبر (والكتابة) عطف على العتق على مال داخل في حكم الكلام السابق ؛ وكذا قوله (والصلح على الإنكار) وإنما جعل هذه العقود من قبيل الضرب الثاني لأنها من الإسقاطات دون المعاوضات . أما العتق على مال والكتابة فلائذ البذل فيها بمقابلة إزالة الرق وفك الحجر . وأما الصلح على الإنكار فلائذ البذل فيه بمقابلة دفع الخصومة واغتداء العين في حق المدهي عليه (فأمّا الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الأول) أراد بالصلح الذي هو جار مجرى البيع الصلح عن إقرار فإيا إذا كان عن مال بمال فإنه مبادلة مال بمال فكان بمنزلة البيع ، وأما إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان على بعض ما يدعيه من الدين فهو من الضرب الثاني وإن كان عن إقرار لأنه إسقاط محض فكان للوكيل فيه سفيراً محضاً كما صرح به المصنف رحمه الله في باب التبرع بالصلح والتوكيل من كتاب الصلح . أقول : فهذا ظهر أن ما وقع هاهنا في الشروح من تفسير الصلح الذي هو جار مجرى البيع بالصلح عن إقرار من غير تقييد بما ذكرناه من تقصير في تعيين المرام وتحقيق المقام ، كيف ولو كان ذلك كافياً هاهنا لما بدل المصنف اللفظ اليسير باللفظ الكثير (والوكيل بالهبة والتصدق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضا) وتفسير هذا ما ذكره في الإيضاح حيث قال : ولو وكل وكيلاً بأن يهب عبده لفلان أو يتصدق به عليه أو يعيره إياه أو يودعه أو يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما أمره فهو جائز على الموكل ، وليس للوكيل المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده ، ولا أن يقبض الوديعة والعارية ولا الرهن ولا القرض ممن عليه ، لأن أحكام هذه العقود إنما تثبت بالقبض فلا يجوز أن يكون الوكيل فيه أصيلاً لأنه أجنبي عن أهل الذي يلاقيه القبض فكان سفيراً ومعبراً عن المالك انتهى . وأشار المصنف رحمه الله إلى التعليل المذكور فيه أيضا بقوله (لأن الحكم فيها) أي في العقود المذكورة (يثبت بالقبض) أي

العتق على مال والكتابة والصلح على الإنكار فيضيف إلى موكله والمفوق ترجع إليه لأنه من الإسقاطات (وأما الصلح الذي هو جار مجرى البيع) وهو الصلح عن إقرار (فهو من الضرب الأول) لأنه مبادلة مال بمال فكان كالبيع تتمتع بحقوقه بالوكيل . وإذا وكل بأن يهب عبده لفلان أو يتصدق به عليه أو يعيره إياه أو يودعه أو يرهنه فقبض الوكيل . وفعل ما أمره به جاز على الموكل بإضافته إليه مثل أن يقول وهبه لك موكلتي أورهنته ، وليس للوكيل الرجوع في الهبة ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض ممن عليه . قال المصنف رحمه الله (لأن الحكم فيها) يعني في الصور المذكورة (يثبت بالقبض ،

(قوله هو جار مجرى البيع الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه ليس كل صلح عن إقرار جار مجرى البيع لما سيحكيه أن كل شيء وقع الصلح عليه وهو مستحق بمقتضى المداينة لم يحمل على المعارضة فتصريحه به ليس بجيد (قوله أو يرهنه فقبض الوكيل) أقول : زيادة من عنده بخلة ، فإن الحكم كذلك وإن لم يقبض الوكيل (قال المصنف : لأن الحكم فيها يثبت بالقبض) أقول : أي قبض الوكيل ، وفيه بحث ، بل المراد قبض للموهب له وأشيائه .

وأنه يلاقى محلا مملوكا للغير فلا يجعل أصيلا، وكذا إذا كان الوكيل من جانب الممتنع، وكذا الشركة والمضاربة، إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل

بقبض الموهوب له والمتصدق عليه ونظائرهما (وأنه) أى القبض (يلاقى محلا مملوكا للغير) أى لغير الوكيل، فالحكم أيضا يلاقى محلا مملوكا لغير الوكيل وهو الموكل (فلا يجعل) أى الوكيل (أصيلا) لكونه أجنبيا من ذلك المحل، بخلاف التصرفات التي تقوم بالقبول ولا تتوقف على القبض كالبيع وغيره، فإن الوكيل يجب أن يكون أصيلا فيها لأنه أصل في التكلم وكلامه مملوك له. قال صاحب الناية: قوله فلا يجعل أصيلا مقتضاه أصيلا في الحكم وليس الكلام فيه. ويدفع ذلك بأن الحكم إذا لاقى محلا مملوكا لغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق فيها يثبت الحكم بالمعارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت إلى الموكل يجعل المعارة سفارة ففنيا احتاج إلى القبض أولى لضعفها في العلية انتهى. أقول: ما استشكله بشيء ولا دفعه. أما الأول فلأنه إذا ثبت أن الوكيل في هذه العقود لم يجعل أصيلا في الحكم ثبت أيضا ما فيه الكلام وهو عدم تعلق الحقوق بالوكيل في هذه العقود، إذ قد كان مبنى تعلق الحقوق بالوكيل في الضرب الأول ثبوت الحكم الذي هو الملك للموكل خلافا عن الوكيل، وهذا إنما يكون بأن يجعل الوكيل أصيلا في الحكم، فإذا لم يجعل في العقود المذكورة أصيلا فيه تعين عدم تعلق الحقوق فيه بها. وأما الثاني فلأن الباحث على انتقال الحقوق إلى الموكل فيما لا يقبل الحكم الانفصال عن المعارة ليس إلا كون السبب إسقاطا متلاشيا، والسبب فيها نحن فيه ليس من قبيل الإسقاطات كما لا يخفى فلا مساواة فضلا عن الأولوية. وأما الضعف في العلية فإن كان له مدخل فإنما هو في حق نفس ثبوت الحكم لاقى حق الانتقال فتأمل (وكذا إذا كان الوكيل من جانب الممتنع) يعني إذا كان الوكيل من جانب الممتنع للتصرفات المذكورة بأن يتكلم بالاستيلاء أو الاستعارة أو الارتهان أو غير ذلك بكون الوكيل سفيرا أيضا فيتملك الحكم والحقوق كلها بالموكل دون الوكيل لأنه يضيف العقد إلى موكله. وفي الناية: أما إذا قبض الموكل فلا إشكال، وأما إذا قبض الوكيل فالواجب أن يثبت الحكم للموكل، وتعلق الحقوق بالوكيل لا يجتمع القول والقبض. ويدفع بأنه لا بد له من إضافة العقد إلى موكله وهي تجعل القبض له فصار كما إذا قبضه بنفسه انتهى (وكذا الشركة والمضاربة) يعني إذا وكل بمقد الشركة أو المضاربة يكون الوكيل سفيرا أيضا وتعلق حقوق العقد بالموكل دون الوكيل، إذ لا بد له من إضافة العقد إلى موكله، حتى لو أضافه إلى نفسه يقع عنه لاعتن موكله (إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل) استثناء من قوله وكذا إذا كان الوكيل من جانب الممتنع (حتى لا يثبت الملك للموكل) فلو قيل أن يمنع الذي استقرضه من الأمر، ولو هلك هلك من

والقبض يلاقى محلا مملوكا للغير (فالحكم يلاقى محلا مملوكا للغير، قوله) فلا يجعل أصيلا مقتضاه أصيلا في الحكم وليس الكلام فيه. ويدفع ذلك بأن الحكم إذا لاقى محلا مملوكا لغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق فيها يثبت الحكم بالمعارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت إلى الموكل يجعل المعارة سفارة ففنيا احتاج إلى القبض أولى لضعفها في العلية، وكذا إذا كان الوكيل من جانب الممتنع نحو التوكيل بالاستعارة أو الارتهان أو الاستيلاء فإن الحكم والحقوق ترجع إلى الموكل دون الوكيل. أما إذا قبض الموكل فلا إشكال، وأما إذا قبض الوكيل فالواجب أن يثبت الحكم للموكل وتعلق الحقوق بالوكيل لا يجتمع القول والقبض. ويدفع بأنه لا بد له من إضافة العقد إلى موكله وهي تجعل القبض له فصار كما إذا قبضه بنفسه (وكذا) إذا وكل بمقد (الشركة أو المضاربة) كانت الحقوق راجعة إلى الموكل للإضافة (قوله إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل) استثناء من قوله، وكذا إذا كان الوكيل من جانب الممتنع. واعلم أي أعيد لك هاهنا ما ذكرته في أول كتاب الوكالة، وأؤيدك ما يسر الله ذكره لكون

(قوله قوله فلا يجعل إلى قوله ويدفع ذلك بأن الحكم) أقول: إذا لم يكن أصيلا في حق الحكم لا يكون أصيلا في حق الحقوق، والوكيل في الضرب الأول أصيل في حق الحكم ويثبت للموكل خلافا عنه فكان أصيلا في حق الحقوق فلا حاجة إلى ما ذكره من توجيه المنع إلى ما أشار إليه من حديث الأولوية، بل ذلك أن تمنع صفة التبرع فضلا عن الأولوية، إذ ليس الكلفة فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها إلا التخلي ولزم كونه إسقاطا لانصاف العلية، والتخلي هنا مفقود فأيمن المانع؟ (قوله لضعفها فاعلمية) أقول: التفسير بقوله لضعفها راجع إلى المعادة.

ماله . قال صاحب العناية : واعلم أني أحيدها ما ذكرته في أول كتاب الوكالة وأزيلك ما يسر الله تعالى ذكره لكون المقام من معارك الآراء ، فإن ظهرك فاحد الله تعالى ، وإن صح ذهنك بخلافه فلا ملومة فإن جهد المقل "دموحه : التوكيل بالاستقراض لا يصح لأنه أمر بالتصرف في مال الغير وأنه لا يجوز . ورد بالتوكيل بالشراء فإنه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير . وأجيب بأن عمله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه . وأورد بأنه هلا جعل عمله في الاستقراض البذل في ذمة الموكل . وأجيب بأن ذلك محل إيفاء القرض لا الاستقراض . وأورد التوكيل بالانتهاب والاستعارة فإنه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب إذ ليس ثمة بدل على المستعير والموهوب له فيجعل محلا للتوكيل . والجواب أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالإعارة والمبة لا الاستعارة والانتهاب ، وإنما عمله فيهما عبارة عنه فانه يتصرف فيها بجعلها موجهة للملك عند القبض بإقامة الموكل مقام نفسه . فإن قيل : فليكن في الاستقراض كذلك . فالجواب أنا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة إذ لم يكن فيها بدل في الذمة ، فلو اعتبرنا هلا محلا له في الاستقراض وفيه بدل معتبر للإيفاء في الذمة لزم اجتماع الأصل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد ، والله تعالى أعلم بالصواب ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه بحث أما أولا فلأن الدليل الذي ذكره لبطان التوكيل بالاستقراض وهو الدليل المأخوذ من الذخيرة وغنما جمهور الشراح على ما ذكرنا في صدر كتاب الوكالة ليس بتام عندي ، لأن التصرف في ملك الغير والأمر به إنما لا يجوز لو كان يغير إذن المالك ورضاه ، كما لو غصب ملك الغير أو أمر بخصبه . وأما إذا كان بإذنه ورضاه فيجوز قطعا ؛ ألا يرى أن المستقرض لنفسه يقبض المال المستقرض الذي هو ملك المقرض ويتصرف فيه ، وكذا المستعير يقبض المستعار الذي هو ملك المعير ويستعمله ، ولا خلاف لأحد في جواز ذلك ، والظاهر أن التوكيل بالاستقراض إنما هو الأمر بالتصرف في ملك المقرض بإذنه ورضاه لا بالجبر والغصب فينبغي أن يجوز أيضا . وأما ثانيا فلأن ما ذكره في الرد له بالتوكيل في الشراء من أنه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير ليس بصحيح ، إذ لا نسلم أن التوكيل بالشراء أمر بقبض المبيع بل هو أمر بإيجاد العقد ، وقبض المبيع من منفردات العقد غير داخل فيه فلا يكون الأمر بالشراء أمرا بقبض المبيع . سلمنا أن التوكيل بالشراء أمر بقبض المبيع أيضا لكنه أمر به بعد إيجاد

المقام من معارك الآراء ، فإن ظهرك فاحد الله ، وإن صح ذهنك بخلافه فلا ملومة فإن جهد المقل "دموحه : التوكيل بالاستقراض لا يصح لأنه أمر بالتصرف في مال الغير وأنه لا يجوز . ورد بالتوكيل بالشراء فإنه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير . وأجيب بأن عمله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه . وأورد بأنه هلا جعل عمله في الاستقراض البذل في ذمة الموكل . وأجيب بأن ذلك محل إيفاء القرض لا الاستقراض . وأورد التوكيل بالانتهاب والاستعارة فإنه صحيح ، ولا محل له سوى المستعار والموهوب ، إذ ليس ثمة بدل على المستعير أو الموهوب له فيجعل محلا للتوكيل . والجواب أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالإعارة والمبة لا الاستعارة والانتهاب ، وإنما عمله فيهما عبارة عنه فانه يتصرف فيها بجعلها موجهة للملك عند القبض بإقامة الموكل مقام نفسه في ذلك . فإن قيل : فليكن في الاستقراض كذلك . فالجواب أنا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة إذ لم يكن فيها بدل في الذمة ، فلو اعتبرنا هلا محلا له في الاستقراض وفيه بدل معتبر للإيفاء

(قوله ورد بالتوكيل بالشراء الخ) أقول : هذا نقض لإحالي . ويمكن أن يجاب عنه بأن يقال : إن أراد أنه أمر بقبضه قبل المقد فليس كذلك وإن أراد أنه أمر بقبضه بعد المقد قسّم ولكن ليس حينئذ ملك الغير ولا كذلك في الاستقراض ، فإن المستقرض لا يكون ملك المستقرض جبريد المقد فليست (قوله وأجيب بأن عمله الخ) أقول : منع لخرين الدليل مستندا بأن عمله الخ (قوله وأورد بأنه هلا جعل الخ) أقول : فتكون التصرفي منوعة مع السند (قوله وأجيب بأن ذلك الخ) أقول : يتولى إل إبطال السند . ثم أقول : سيجيء التفصيل المتعلق بالوكالة بالشراء وأن الأمر بالشراء صادق بملك الغير فلم يصح ، وكيفية تصحيحه من الشارح في الدرس الثاني من فصل البيع رابعه (قوله بإقامة الموكل) أقول : مضات إلى الفاعل (قوله فالجواب ، إلى قوله : خلفا عن البذل الخ) أقول : وفيه نظر ، فإنه لو سلم ما ذكره من قسمة الخلفية فلما هي غلبت من بدل يصلح أن يكون محل التوكيل لاسطفا والبذل في الاستقراض لا يصلح لذلك فلا يلزم الاجتماع المحلور فليست .

العقد لاقبله كما لا يخفى ، والمبيع بعد إبعاد العقد ملك المشتري لملك الغير ، بخلاف الاستقراض فإن المستقرض لا يكون ملك المستقرض بمجرد العقد بل بالقبض على ماصرحوا به . فالصواب في تحشية النقض بالتوكيل بالشراء أن يقال : إنه أمر بتملك المبيع الذي هو ملك الغير كما ذكر في الذخيرة وغيره . وأما ثالثاً فلأنه إن أراد بقوله في الجواب عن النقض المذكور أن محله هو الثمن في ذمة الموكل أن محل التوكيل بالشراء هو نفس الثمن فلا نسلم ذلك لأن نفس الثمن إنما هو محل التوكيل بإيقاء الثمن بعد تمام عقد الشراء لأجل التوكيل بالشراء نفسه ، وإن أراد بذلك أن محله هو إيجاب الثمن في ذمة الموكل كما هو الظاهر من قوله في ذمة الموكل والمصرح به في الذخيرة وغيره فهو مسلم ، لكن لا يتم حينئذ جوابه عن الإيراد الآتي فإن معناه حينئذ هو أنه هلا جعل محله في الاستقراض أيضاً لإيجاب البذل في ذمة الموكل ، ولا يتيسر الجواب عنه بأن ذلك محل لإيقاء القرض لأن محل إيقائه هو نفس البذل لا إيجابه في ذمة الموكل . بل الجواب الصحيح عنه ما ذكر في الذخيرة وغيره من أن البذل في باب القرض إنما يجب في ذمة المستقرض بالقبض بالقبض لا بعقد القرض ، فلا بد من تصحيح الأمر بالقبض أولاً حتى يستقيم الأمر بإيجاب المثل في ذمته ، والأمر بالقبض بل يصح بعد لكون المقبوض ملك الغير . وأما رابعاً فلأن قوله في الجواب عن النقض بالانتهاب والاستعارة إن المستعار والموكل على التوكيل بالإعارة والهبة لا الاستعارة والانتهاب ، وإنما محله فيهما عبارة الموكل غير تام ، فإنه إن قال الوكيل بالاستعارة إن فلاناً أرسلني إليك يستعير منك كذا ، وقال الوكيل بالانتهاب إن فلاناً أرسلني إليك يهب منك كذا ، فإنيهما في هذه الصورة كانا متصرفين في عبارة الموكل ولكنهما لم يخرجوا الكلام حينئذ خرج الوكالة بل أخرجا خرج الرسالة ، والكلام هنا في حكم الوكالة دون الرسالة ، فإن الرسالة صحيحة في الاستقراض أيضاً حتى أن الوكيل بالاستقراض لو أخرج كلامه مخرج الرسالة فقال إن فلاناً أرسلني إليك يستقرض منك كذا كان ما استقرضه الموكل ، ولا يكون للوكيل أن يمنع ذلك منه كما صرح به في الذخيرة وغيره . وإن قال الوكيل بالاستعارة استعير منك كذا فلان الموكل وقال الوكيل بالانتهاب أهب منك كذا فلان الموكل ، فإنيهما في هاتيك الصورة جريا على حكم وكالتهما ولكنهما لم يكونا متصرفين في عبارة الموكل أصلاً حيث لم يحكما عنه كلاماً ، بل إنما تكلمتا بكلام أنفسهما إلا أنهما أضافا العقد إلى موكلهما كما في سائر صور الضرب الثاني ، فإني يمتشى القول بأن محل التوكيل فيما عبارة الموكل ، على أن ذلك القول منه يخالف صريح ما ذكر في الذخيرة وارتضاء كبار الشراح في صدور كتاب الوكالة من أن الموضوع لنقل العبارة إنما هو الرسالة ، فإن الرسول مبرر والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة . وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فإن العبارة فيها للوكيل . وأما خامساً فلأن قوله فالجواب إذا اعتبرنا العبارة محلاً للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفاً عن بدل يلزم في الذمة الخ ليس بشيء ، لأن اعتبار الخلف عن البذل على تقدير لزومه إنما يتصور في التصرفات التي هي من قبيل المعامضات ، وأما في التصرفات التي هي من قبيل التبرعات فلا ، وما نحن فيه من الاستعارة ونحوها من قبيل الثانية فلا معنى لحديث الخليفة هاتنا . وأيضاً استحالة اجتراح الأصل والخلف إنما تقتضي عدم جواز اعتبار العبارة في الاستقراض خلفاً عن بدل لأعدم جواز اعتبارها مطلقاً ، فلم لا يجوز أن تعتبر محلاً للتوكيل في الاستقراض أيضاً لضرورة صحة العقد وإن لم يجعل خلفاً عن بدل ؟ ألا يرى أنها اعتبرنا محلاً للرسالة في الاستقراض ولهذا صحت الرسالة فيه تأمل . وقال صاحب غاية البيان : قال بعضهم في بيان بطلان استقراض الوكيل : إن العبارة للوكيل وأجل الذي أمره بالتصرف ملك الغير ، فإن الدرهم الذي يستقرضها الوكيل ملك المقرض ، والأمر بالتصرف في ملك الغير باطل . قلت : هذا الذي قال يطل بالتوكيل بالاستعارة ، فإنه صحيح مع أن الموكل أمره بالتصرف في ملك الغير ، وليس معنى كلام المصنف ما فهمه هذا القائل ، بل معناه أن الوكيل بالاستقراض إذا أضاف العقد إلى نفسه وقال أترضني كان التوكيل باطلاً حتى لا يكون القرض للموكل بل يكون للوكيل ، إلا إذا أضاف العقد إلى الموكل وبلغ

في الذمة لزم اجتراح الأصل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد وهو لا يجوز هذا ، والله أعلم بالصواب .

بمخلاف الرسالة فيه . قال (وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه إياه) لأنه أجنبي عن العقد وحقوقه لما أن الحقوق إلى العاقد (فإن دفعه إليه جاز ولم يكن للوكيل أن يطالبه به ثانيا) لأن نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل إليه ،

على وجه الرسالة فقال أرسلني فلان إليك يستقرض كذا فحينئذ يصبح الاستقراض ويقع القرض للموكل ، وليس للوكيل أن يمنع الموكل عنه فافهمه فيه حتى عن تطويل لا طائل منته ، انتهى كلامه . أقول : وفيه بحث ، إذ لذلك أن معنى قول المصنف وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتبس أن الوكيل هاهنا سفير أيضا لامتعلق حقوق العقد به بل بموكله لإضافته العقد إلى موكله دون نفسه ، وإن قوله إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا إذا كان التوكيل من جانب الملتبس كما صرح به الشراح قاطبة ومنهم هذا الشارح ، ولو كان معنى كلام المصنف هاهنا فافهمه هذا الشارح لما كان لتخصيص الاستثناء ببطالان صورة التوكيل بالاستقراض معنى ، إذ على ذلك التقدير يصير الحكم كذلك في جميع صور ما إذا كان الوكيل من جانب الملتبس ، فإن كل واحد من المستعير والمستوهم والمرتهن ونحو ذلك إذا أضاف للعقد إلى نفسه إلى الموكل تبطل الوكالة ويكون ما أخذه لنفسه لا لموكله ، لأن هذه العقود كلها من الضرب الثاني ، ومن شرط هذا الضرب أن يضيف الوكيل العقد إلى موكله ، فإذا اتفقت بطلت الوكالة قطعا ، ولمعنى إن هذا الشارح قد هرب هاهنا عن ورطة ووقع في ورطة أخرى أشد من الأولى حتى أقصد معنى كلام المصنف بالكلية . قال المصنف (بخلاف الرسالة فيه) أي في الاستقراض فإنها تصبح . قال في الإيضاح : التوكيل بالاستقراض لا يصح ، ولا يثبت الملك فيها إذا استقرض لأكثر إلا إذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول أرسلني إليك فلان يستقرض منك فحينئذ يثبت الملك للمستقرض : أي المرسل . وقال الإمام الزيلي في التبيين : ومن أبي يوسف أن التوكيل بالاستقراض جائز (قال) أي القنوري في مختصره (وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه إياه) أي فالمشتري أن يمنع الثمن من الموكل (لأنه) أي الموكل (أجنبي عن العقد وحقوقه ، لما تقدم (أن الحقوق تعود إلى العاقد) في البيع وأمثاله ، ولهذا إذا نهى الوكيل عن قبض الثمن ونحوه صبح ، وإن نهى الموكل عن ذلك لا يصح ، وإذا كان كذلك لم يجر مطالبة الموكل إلا بإذن الوكيل (فإن دفعه إليه) أي إن دفع المشتري الثمن إلى الموكل (جاز) يعني ومع ذلك لو دفع المشتري الثمن إلى الموكل جاز دفعه إليه استحسانا ، فالقضاء في قوله فإن دفعه للمطوف لا للسيبة ، ولكن لو بدلت بالواو لكان أحسن كما لا يخفى (ولم يكن للوكيل أن يطالبه به) أي بالثمن (ثانيا لأن نفس الثمن المقبوض حقه) أي حق الموكل وإن كانت مطالبة حق الوكيل (وقد وصل إليه)

(بخلاف الرسالة) فإنها تصبح في الاستقراض . قال في الإيضاح : التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيها استقرض لأكثر إلا إذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول أرسلني إليك فلان يستقرض منك ، فحينئذ يثبت الملك للمستقرض : يعني المرسل . قال (وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن الخ) إذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه إياه لأنه أجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم أن الحقوق ترجع إلى العاقد ولهذا إذا نهى الوكيل عن ذلك صبح ، وإن نهى الموكل لا يصح ، فإذا كان كذلك لم يجر مطالبة الموكل إلا بإذنه ، ومع ذلك لو دفع المشتري الثمن إلى الموكل صبح ، ولم يكن للوكيل أن يطالب به ثانيا لأن نفس الثمن حقه وقد وصل إليه فلا فائدة في الاسترداد منه ثم في الدفع إليه ، وهذا في غير الصرف . وأما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لأن جوازها بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول ، ولو ثبت الوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجر ، فكذا إذا ثبت له حق القبض

(قوله قال في الإيضاح : التوكيل بالاستقراض لا يصح الخ) أقول : بخلاف التوكيل بالاستمارة والائتباب حيث لا يلزم فيها التبليغ على وجه الرسالة . وفيه بحث ، فإنه قال في الخاتمة : إن وكل بالاستقراض ، إن أضاف الوكيل الاستقراض إلى الموكل فقال إن فلانا استقرض منك كذا أو قال أقرض فلانا كذا كان القرض للموكل ، وإن لم يضيف الاستقراض إلى الموكل يكون القرض للوكيل انتهى (قوله) لا إذا بلغ على سبيل الرسالة (أقول : تصحيحا لكلام المائل بقدر الإسكان يحمل توكيله على الرسالة مجازا لا ظاهرا .

ولأفائدة في الأخذ منه ثم الدفع إليه ، ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ، ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل أيضا دون دين الوكيل وبين الوكيل إذا كان وحده إن كان يقع المقاصة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما أنه يملك الإبراء عنه عندهما ولكنه يضممه للموكل في الفصلين .

وقد وصل حق الموكل إلى نفسه (فلا فائدة في الأخذ منه) أي من الموكل (ثم في الدفع إليه) أي إلى الوكيل . واعلم أن هذا في غير الصرف ، وأما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لأن جواز البيع في الصرف بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول ، ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز ، فكذا إذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل ، أشير إلى هذا في الذخيرة وذكر في الشروح (ولهذا) أي ولكون نفس الثمن المقبوض حق الموكل (لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة ، ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل أيضا دون دين الوكيل) حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء من الثمن ، وهذا لأن المقاصة إبراء بعرض فتعتبر بالإبراء بغير عوض ، ولو أبرأه جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشتري بإبراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذا ما هنا ، ولأننا لو جعلناه قصاصا بدين الوكيل احتجنا إلى قضاء آخر فإن الوكيل يقضى للموكل ، ولو جعلناه قصاصا بدين الموكل لم نحتاج إلى قضاء آخر فجعلناه قصاصا بدين الموكل قصرا للمسافة فقد أثبتنا حكما جميعا عليه ، فإن الموكل يملك إسقاط الثمن عن المشتري بالإجماع ، ولو جعلناه قصاصا بدين الوكيل لأثبتنا حكما مختلفا فيه فكان ما قلناه أولى ، كذا ذكره شيخ الإسلام المعروف بموافقه زاده . ولما استشعر أن يقال المقاصة لا تدل على كون نفس الثمن حقا للموكل دون الوكيل فلما تقع بدين الوكيل إذا كان للمشتري دين على الوكيل وحده . أجاب بقوله (وبين الوكيل إذا كان وحده) إن كان (تقع المقاصة عند أبي حنيفة ومحمد لما أنه) أي الوكيل (يملك الإبراء عنه) أي عن المشتري (عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد . يعني أنه إن كان تقع المقاصة عندهما بدين الوكيل وحده لعله أن الوكيل يملك الإبراء بغير عوض عن المشتري عندهما فيملك المقاصة أيضا لأبرأه بعرض فتعتبر بالإبراء بغير عوض (ولكنه يضممه) أي ولكن الوكيل يضمّن الثمن (للموكل في الفصلين) أي في فصل الإبراء والمقاصة ، بخلاف الموكل فإنه لا يضمّن لأحد في شيء .

(قوله ولهذا) توضيح لقوله إن نفس الثمن المقبوض حقه ، فإنه لو كان للمشتري على الموكل دين وقعت المقاصة ، ولو كان له عليهما دين وقعت بدين الموكل دون الوكيل لكون الثمن حقه ، ولأن المقاصة إبراء بعرض فتعتبر بالإبراء بغير عوض ، ولو أبرأه جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشتري بإبراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذلك ما هنا . فإن قيل : المقاصة لا تدل على كون الثمن حقا للموكل فلما تقع بدين الوكيل إذا كان له عليه دين وحده . أجاب بما ذكرنا أن المقاصة إبراء بعرض وهو معتبر بالإبراء بغيره . وللوكيل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أي برئ المشتري بغير عوض فكذا بعرض ولكنه يضممه للموكل في الإبراء والمقاصة ، وإنما كان له ذلك عندهما لأن الإبراء إسقاط لحق القبض وهو حق الوكيل ، فكان بالإبراء مسقطا حق نفسه ، وفيه نظر ، فإنه لو كان كذلك لما جاز الإبراء من الموكل ولا تضمين الوكيل . وأجواب أن الثمن حقه فجاز إبراءه فإن الإبراء من الوكيل هو ذلك ، فإذا أبرأه أسقط حق القبض ، وليس للموكل حق القبض فيلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة ، وانسل على الموكل باب الاستيفاء فلم يملك الوكيل الضمان ، كالراهن يعقل الزه فإنه يضمّن

(قال المصنف : إن كان يقع المقاصة (الخ) أقول : قوله إن الوكيل في قوله إن كان قال في النهاية : قوله إن كان يقع المقاصة (الخ) يعني إذا كرهه دين مشتري بدين وكيل مقاصة مشهود وفيه كراهة لأن الوكيل لا يبرأ بدينه ، وأما لكسب زبائنا ولكن وفيه كراهة مشتري را بر موكل و بر وكيل دين بر دين مشتري بل بدين موكل مقاصة مشهود وبينه وكيل والتبني . وأنت غير بأن الحق أن يقول موضع قوله ولكن وفيه كراهة ، ولكن وكيل ضمان مشهود هو موكل ، راء بخلاف موكل فالتبني ليطابق الشرح المشروح (قوله لكنه يضمّن للموكل في الإبراء والمقاصة) أقول : فالتبني .

(باب الوكالة في البيع والشراء)

(فصل في الشراء)

من الفصلين فافتراقا . وقال أبو يوسف : لا يجوز إبراء الوكيل استحسانا لأن الثمن في ذمة المشتري ملك الموكل ، وإبراء الوكيل تصرف في ملك الغير على خلاف ما أمر به فلا ينقد ، كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشتري . وحجة أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن الإبراء إسقاط لحق القبض ، والقبض خالص حق الوكيل ، ألا ترى أن الموكل لا يمنعه عن ذلك ، ولو أراد أن يقبض بنفسه لم يكن له ذلك فكان هو في الإبراء عن القبض مسقطا حق نفسه فيصبح منه . ثم إنه لما أسقط حق القبض انسدت على الموكل باب الاستيفاء إذ ليس له حق القبض فصار ضمانا له بمثلة الراهن يعق المرهون ينقد إعتاقه لمصادفته ملكه ولكن يضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء من ماله العبد عليه ، كذا في الميسوط . فان قيل : ينبغي أن لا يجوز من الوكيل بالبيع مثل هذا البيع الذي يوجب مقاصة ثمن البيع بدين الموكل لأنه خالف الموكل ، لأنه إنما وكله ببيع يصل إليه ثمنه وهاهنا لا يصل . قلت : إن لم يصل إليه الثمن بعد البيع فقد وصل إليه قبل البيع فيصير الثمن قصاصا بدين الأمر عندهم جميعا ، لأن الأمر بملك إبراء المشتري عن الثمن بغير عوض عندهم فيملك الإبراء بعوض بطريق الأولى . كذا في اللخيرية .

(باب للوكالة بالبيع والشراء)

(فصل في الشراء)

قدم من أبواب الوكالة ما هو أكثر وقوعا وأمس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء ، وقدم فصل الشراء لأنه ينبيء عن إثبات الملك والبيع ينبيء عن إزالته ، والإزالة بعد الإثبات كذا في الشروح . أقول : هذا الذي ذكرناه لتقديم فصل الشراء

للمرتهن الذين لصدء باب الاستيفاء من ماله العبد عليه . واستحسن أبو يوسف رحمه الله فقال : الثمن ملك الموكل لا هالة فليس لغيره أن يصرف فيه إلا بإذنه . والجواب للقول بالموجب . سلمنا أن الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لا محالة فإذا أسقطه وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا آنفا ، قيل : كان الواجب أن لا يجوز من الوكيل بالبيع بيع يوجب مقاصة لأن غرض الموكل وصول الثمن إليه . وأجيب بأن في المقاصة وصولا متقدما إن كانت بدين الموكل ، ومتأخرا بالضمأن إن كانت بدين الوكيل فلا مانع من الجواز .

(باب الوكالة بالبيع والشراء)

(فصل في الشراء)

قدم من أبواب الوكالة ما هو أكثر وقوعا وأمس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء ، وقدم فصل الشراء لأنه ينبيء عن إثبات الملك والبيع ينبيء عن إزالته ، والإزالة بعد الإثبات كذا في الشروح . أقول : هذا الذي ذكرناه لتقديم فصل الشراء

(باب الوكالة في البيع والشراء)

(فصل في الشراء)

(قوله وقد فصل الشراء لأنه ينبيء الخ) أقول : ولأن الوكالة بالشراء أكثر وقوعا وأمس حاجة من التوكيل بالبيع ، ألا يرى أن أكثر

(قال : ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته .

ضعيف جدا ، بل هو أمر وهمي لا لتحقيق ، لأن الشراء كما ينشأ عن إثبات الملك في المبيع ينشأ أيضا عن إزالة الملك عن الثمن وإن البيع كما ينشأ عن إزالة الملك عن المبيع ينشأ أيضا عن إثبات الملك في الثمن ، وعن هنا قالوا إن الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه ، فهما سيان في الإتيان عن الإثبات والإزالة . وإن وجهه بأن الأصل والعمدة في عقد المبادأة هو المبيع فيكنى إثبات الشراء عن الإثبات والبيع عن الإزالة بالنظر إليه . قلنا : لاشك أن ثبوت ملك المشتري في المبيع ليس يقدم على زوال ملك البائع عنه ، ولا يلزم أن يجمع في كل مبيع في آن واحد هو قبل زوال ملك البائع عنه ملكان مستقلان للبائع والمشتري ولا يفتي بطلانه ، فتعين أن ثبوت الملك وزواله في البيع والشراء إنما يتحققان معا بالنسبة إلى الشخصين . وأما قضية كون الإزالة بعد الإثبات فلإنما تجرى في محل واحد بالنسبة إلى شخص واحد فهي بمنزلة عما نحن فيه . فالأظهر أن الوجه في تقديم فصل الشراء على فصل البيع ما هو الوجه في تقديم باب الوكالة بالبيع والشراء على سائر أبواب الوكالة من كونه أكثر وقوعا وأمس حاجة ، فإن أكثر الناس يركل الآخر بالشراء في ما كله ومشابهه وملابسه وغير ذلك من الأمور المهمة التي قلما يتخلو الإنسان في أوقاته من الاحتياج إليها ، وقلما يقدر على أن يتولى شراءها بنفسه ، بخلاف التوكيل في باب البيع كما لا يخفى (قال) أي القدوري في مختصره (ومن وكل رجلا بشراء شيء أي شيء غير معين لأن في المعين لا يحتاج إلى تسمية الجنس والصفة كذا في الشروح) فلا بد من تسمية جنسه كالعيد والجارية ، فإن العيد جنس عند أهل الشرع ، وكلها الجارية باعتبار اختلاف الأحكام (وصفته) أي نوعه على ما سيأتي في كلام المصنف كالتركي والمهندى . قال صاحب العناية : فيحتاج إلى تعريف الجنس والنوع ، فقبل الجنس هو ما يدخل تحته أنواع متغايرة ، والنوع اسم لأحد ما يدخل تحت اسم فوقه . وذكر في القوائد الظهيرية عمالا إلى أهل المنطق : الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع ، والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص انتهى . أقول : لا يذهب على ذي فطرة سليمة أنه لم يأت بشيء يعرف به ما هو المراد بالجنس والنوع هاهنا لأن الذي ذكره أولا لا حاصل له بل هو أمر مبهم متناول لأمور كثيرة غير مرادة بالجنس والنوع هاهنا قطعاً . والذي ذكره ثانيا لا يطابق مراد الفقهاء ويشهد بذلك قطعاً ما ذكره من أمثلة الجنس والنوع . وقال صاحب الغاية : وأراد بالجنس النوع لاصطلاح أهل المنطق وهو الكل المقول على كثيرين مختلفين بالنوع في جواب ما هو ، والنوع هو المقول على كثيرين مختلفين بالعدد في جواب ما هو ، أو أراد مصطلح أهل النحو وهو ما علق على شيء وعلى كل ما أشبهه ، ويجوز أن يريد بالجنس ما يتدرج تحته أشخاص ، وقد مر بيان ذلك في كتاب النكاح في باب المهر انتهى . أقول : كل واحد من المعاني الثلاثة التي جوز كونها مرادة بالجنس هاهنا منظور فيه . أما الأول فلأنه إن أراد بالنوع في قوله وأراد بالجنس النوع المتعلق كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه أن من الأجناس الشرعية ما ليس بنوع عند أهل المنطق كالعيد والجارية فإنيهما ليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم من أصناف نوع الإنسان ، وإن أراد بذلك النوع اللغوي بمعنى القسم يلزم أن يدخل فيه جميع الأنواع الشرعية بل أصنافها أيضا ، فإن كل واحد منها قسم مما هو الأهم منه ، فلا يتميز الجنس الشرعي عن النوع الشرعي وما دونه فيختل معنى المقام . وأما الثاني فلأن ذلك المعنى الذي هو مصطلح أهل النحو في اسم الجنس . وحاصله ما علق على شيء لا يبعينه كما ذكره في باب المهر من كتاب النكاح يصلح على ما فوق الأجناس الشرعية كالدابة والثوب والرفيق ، فإن كل واحد منها مما يجمع الأجناس الشرعية كما صرحوا به ، ويصدق أيضا على ما تحت الأجناس الشرعية من الأنواع الشرعية وما دونها ، فلا يتميز الجنس الشرعي حينئذ من غيره فيختل معنى

إثبات الملك والبيع ينشأ عن إزالته والإزالة بعد الإثبات . قال (ومن وكل رجلا بشراء شيء الخ) إذا وكل رجلا بشراء شيء بغيره لا بد لصحته من تسمية جنسه وصفته : أي نوعه وأجلسه ومبلغ ثمنه ، والمراد بالجنس والنوع هاهنا غير ما اصطلاح عليه أهل المنطق ، فإن الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان ، والنوع هو المقول

البشري يركل ولده أو خادمه بشراء الخنزير والحم وغيرهما كل يوم مرات ولا كلف بالبيع (قال المصنف : وصله) أقول : أي نوعه كما

أو جنسه ومبلغ ثمنه) ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الاتجار .

المقام . وأما الثالث فلأن ذلك المعنى الذى هو مصطلح حكماء اليونان في الجنس على ما نقل عن أبى علي بن سينا يصدق على كل مفهوم كل يتدرج تحته أشخاص فيهم ما فوق الأجناس الشرعية وما تحتها من الأنواع الشرعية وأصنافها ، فلا يتميز بالجنس الشرعى حيثل عن غيره أيضا فيختل معنى المقام . وقال صاحب العناية : والمراد بالجنس والنوع هاهنا غير ما اصطلاح عليه أهل المنطق ، فإن الجنس عندهم هو المقول على كثيرين يختلفين بالحقيقة في جواب ماهو كالحيوان ، والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو كالإنسان مثلا والصنف هو النوع المقيّد بقيد عرضى كالتركي والهندي ، والمراد هاهنا بالجنس ما يشمل أصنافا على اصطلاح أولئك وبالنوع الصنف انتهى . أقول : لا يفتى على العارف بالفرق أن ما قاله صاحب العناية أقرب إلى ضبط ماهو المراد من الجنس والنوع عند أهل الشرع ، لكن فيه أيضا إشكال لأنه إن أراد بالصنف في قوله وبالنوع الصنف الصنف المنطقي كما هو المتبادر من سياق كلامه ، يرد عليه أن الحمار نوع عند أهل الشرع على ما سيجىء في الكتاب مع أنه ليس بصنف منطقي ، بل هو نوع عند أهل المنطق أيضا ، وإن أراد بذلك الصنف اللغوي بمعنى الضرب والقسم يرد عليه أن الرقيق مثلا صنف بهذا المعنى لأنه ضرب من الإنسان وليس بنوع عند أهل الشرع ، بل هو عندهم مما يجمع الأجناس الشرعية كالعبد والإجارية على ما صرحوا به ، وإن العبد والإجارية مثلا صنفان بالمعنى المذكور وليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم جنسان كما نصوا عليه (أوجسه ومبلغ ثمنه) أى أوتسمية جنسه ومقدار ثمنه (ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الاتجار) أى فيمكن الوكيل الاستئثار لأمر الموكل ، فإن ذكر الجنس مجردا عن الصفة أو التثنية لا يفيده المعرفة فلا يتمكن الوكيل من الإتيان بما أمره الموكل به . واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بأن الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء . والجواب أن الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشراء ، بل هو شراء نوع من جنس ، وإذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف إليه كذا في العناية . أقول : لقال أن يقول : إن أراد أن الفعل الموكل به في هذا القسم شراء نوع معين من جنس فهو ممنوع ، كيف ومعنى الدليل المذكور أنه لو لم يسم الموكل بشراء شيء نوعه مع جنسه أو مبلغ ثمنه مع جنسه لم يصح الفعل الموكل به معلوما فلم يمكن للوكيل الاتجار بما أمر به ، وعلى هذا لا يحتل أن يكون الفعل الموكل به شراء نوع معين لكونه خلافا للمفروض ، وإن أراد أن الفعل الموكل به في هذا القسم شراء نوع ما من جنس ، فإذا اشترى الوكيل أى نوع كان من ذلك الجنس الاعتراض بأن الفعل الموكل به حيثل معلوم ، وهو شراء نوع ما من جنس ، فإذا اشترى الوكيل أى نوع كان من ذلك الجنس يصير مؤثرا بما أمر به . ويمكن الجواب بأن الفعل الموكل به حيثل . وإن كان شراء نوع مطلق من جنس نظرا إلى ظاهر لفظ الموكل لكن يجوز أن يكون مراد الموكل شراء نوع مخصوص من ذلك الجنس ، فإذا لم يعلم ذلك النوع المراد لم يمكن للوكيل

على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ماهو كالإنسان مثلا ، والصنف هو النوع المقيّد بقيد عرضى كالتركي والهندي ، والمراد هاهنا بالجنس ما يشمل أصنافا على اصطلاح أولئك ، وبالنوع الصنف ، فن وكل رجلا بشراء شيء فلما أن يكون معيناً أو لا ، والأول لاحاجة فيه إلى ذكر شيء ، والثاني لا بد فيه من تسمية جنسه ونوعه مثل أن يقول عبدا هنديا ، أو تسمية جنسه ومبلغ ثمنه مثل أن يقول عبدا خمسمائة درهم ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الاتجار فإن ذكر الجنس مجردا عن الوصف أو التثنية غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن الوكيل من الإتيان بما أمر به . واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بأن الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء . والجواب أن الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشراء بل شراء نوع من جنس ، وإذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف إليه ، بخلاف القسم الآخر وهو التوكيل العام مثل أن يقول ابتع لي مائة رطل فإنه فوض الأمر لي رأيه ، فأى شيء

سيقره ما به أسطر (قوله والمراد هاهنا بالجنس ما يشمل أصنافا الخ) أقول : سواء كان نوعا أو أصص منه كالرقيق (قوله وبالنوع الصنف) أقول : فيه بحث ، لأن الحمار نوع وليس بصنف منطقي (قوله والأول لاحاجة فيه إلى ذكر شيء) أقول : من الجنس والنوع واثن صريحا ولا بد من ذكر بعضها صريحا في الثاني ، فلا يرد أن يقال لا تنس الحاجة إلى تسمية الجنس لما سيجىء ، أنه إذا سمي نوع الدابة تصح

(إلا أن يركله وكالة عامة فيقول ابنتي ما رأيت) لأنه فوض الأمر إلى رايه ، فأى شيء يشتريه يكون ممثلاً .
والأصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحساناً ،

الانتباه بأمره على وفق مراده ، فعنى كلام المصنف ليصير الفعل المؤكل به معلوماً على وفق مراد المؤكل فيمكن للموكل الانتباه بأمره على وفق ذلك ويرشد إليه قوله فيما سيأتي فلا يدري مراد الأمر لتفاحش الجهالة (إلا أن يركله وكالة عامة) استثناء من قوله فلا بد من تسمية جنسه وصفته أو جنسه ومبلغ ثمنه : يعنى إذا وكله وكالة عامة (فيقول ابنتي ما رأيت) فلا يحتاج إلى ذكر شيء منها (لأنه) أى المؤكل في هذه الصورة (فوض الأمر إلى رايه) أى إلى رأى المؤكل (فأى شيء يشتريه يكون ممثلاً) لأمر المؤكل فيقع عنه . اعلم أن الجهالة ثلاثة أنواع : فاحشة وهي جهالة الجنس كالنوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق وهي تمنع صحة الوكالة وإن بين الثمن لأن المؤكل لا يقدر على الامتثال . ويسيرة وهي جهالة النوع كالنوكيل بشراء الحمير والفرس والبغل والثوب الغروي والمروى فلها لاتعم صحة الوكالة وإن لم يبين الثمن . وقال بشر بن غياث : لاتصح الوكالة لأن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يصح إلا ببيان وصف المعقود عليه . ولنا أنه عليه الصلاة والسلام وكل حكيم بين حزام بشراء شاة للأضيحية ولم يبين صفتها . ومبنى الوكالة على التوسع لكونها استعانة فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة استحساناً . وفى اشتراط بيان الوصف بعض الحرج فسقط اعتباره . وجهالة متوسطة وهي بين النوع والجنس كالنوكيل بشراء عبد أو شراء أمة أو دار ، فإن بين الثمن أو النوع يصح ويميل ملحقاً بجهالة النوع ، وإن لم يبين الثمن أو النوع لا يصح ويلحق بجهالة الجنس لأنه يمنع الامتثال . كذا ذكر في الكافي أخذنا من المبسوط والجوامع : فأرد المصنف أن يشير إلى هذه الأنواع الثلاثة من الجهالة ، وأن يبين حكم كل واحد منها في باب الوكالة . فقال (والأصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحساناً) هذا بيان لحكم الجهالة اليسيرة ، وإنما قيد بالاستحسان لأن القياس أن لاتتحمل الجهالة في الوكالة وإن قلت بناء على أن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء ، ألا يرى أننا نجعل المؤكل كالشترى لنفسه ثم كالبائع من

يشتريه يكون ممثلاً ويقع عن الأمر) والأصل أن الجهالة اليسيرة متحملة في باب الوكالة استحساناً (والقياس بإياه لأن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء بأن يجعل المؤكل كالشترى لنفسه ثم كالبائع من المؤكل ، وفى ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذلك فيما اعتبر به . ووجه الاستحسان ما ذكره (لأن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة وفى اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج) فلو اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة ضيقاً وحرجاً ، وذلك خلف باطل فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها ليميز ما يفسد الوكالة مما لا يفسدها فنقول : إذا بين المؤكل به بجنسه ونوعه ووصفه فذلك معلوم صحت الوكالة به لأحالة ، وإن ترك جميع ذلك وذكر لفظاً يدل على أجناس مختلفة فذلك مجهول لم تصح الوكالة به لأحالة . وإن بين الجنس بأن ذكر لفظاً يدل على أنواع مختلفة ، فإن ضم إلى ذكره بيان النوع أو الثمن جازت والأحالة ، وإن بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك ، وحلى هذا إذا قال لآخر اشترى ثوباً أو دابة أو داراً فالوكالة باطلة بين الثمن أو لا للجهالة الفاحشة ، فإن الدابة في الحقيقة اسم لما يلبس على وجه الأرض . وفى العرف ينطلق على الخيل والبغال والحمير فقد جمع أجناساً كثيرة ، وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء ، ولهذا لا يصح تسميته مهراً ، وكذا الدار تشتمل على ما هو فى معنى الأجناس لأنها تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الأغراض والبحران والمناطق والبلدان فيقتلر الامتثال ، لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدري مراد الأمر لتفاحش الجهالة ، إلا إذا وصفها فلها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الوصف

الوكالة ، فإن هم الأكر الصنف أيضاً يقال الجنس والنوع المذكوران ضمنا فى الأول ، فليحمل (قال المصنف : والأصل فيه أن الجهالة الخ) أقول : والاكتفاء بمعلومية الجنس والنوع أو الجنس ومبلغ الثمن على ما علم فيما تقدم من قوله ليسير الفعل الخ (قوله فلو اعتبرناه لكان لى قوله : خلف باطل) أقول : فيه شبه (قوله وإن بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك) أقول : يعنى فكذلك تجاوزت الوكالة (قوله فيقتلر الامتثال) أقول : وإن بين الثمن (قوله إلا إذا وصفها) أقول : مع ذكر الثمن .

لأن معنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة . وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع (ثم إن كان اللفظ يجمع أجناساً أو ماهو في معنى الأجناس لا يصح التوكيل وإن بين الثمن) لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الأمر انفاش الجهالة (وإن كان جنساً يجمع أنواعاً لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع) لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً ، وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال . مثاله : إذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لأنه يشمل أنواعاً فإن بين النوع كالتركي والحيشي أو الهندي أو السندی أو المولد جاز ، وكذا إذا بين الثمن لما ذكرناه ، ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين الصفة الجوده والرداءة والسلطة جاز لأنه جهالة مستدركة ، ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع (وفي الجامع الصغير : ومن قال لآخر اشترى ثوباً أو دابة أو داراً فالوكالة باطلة) للجهالة الفاحشة ، فإن الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الأرض . وفي العرف يطلق على الخيل

الموكل فلا يجوز إلا ببيان وصف المقدود عليه . وجه الاستحسان ما ذكره بقوله (لأن معنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط) يعني اشتراط بيان الوصف أو اشتراط عدم الجهالة البسيرة (بعض الحرج وهو مدفوع) شرعاً بالنص (ثم إن كان اللفظ) أي لفظ الموكل (يجمع أجناساً) كالدابة والثوب (أو ماهو في معنى الأجناس) كالدار والرقيق (لا يصح التوكيل وإن بين الثمن) هذا بيان لحكم الجهالة الفاحشة ، وإنما كان الحكم فيها كذلك (لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس) أي يوجد فرد من كل جنس (فلا يدري مراد الأمر لتفاحش الجهالة) فالوكل لا يلتزم على الامتثال (وإن كان) أي اللفظ (جنساً يجمع أنواعاً) كالعبد والأمة (لا يصح) أي التوكيل (إلا ببيان الثمن أو النوع) هذا بيان لحكم الجهالة المتوسطة وإنما كان الحكم فيها كذلك (لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال) أي امتثال أمر الأمر (مثاله) أي مثال هذا النوع من أنواع الجهالة ، وإنما ذكر المثال لهذا النوع دون النوعين السابقين لأن مثال ذينك النوعين سيأتي في أثناء مسألة الجامع الصغير ، بخلاف هذا النوع وهذا سر تفردت ببيانه (إذا وكله) أي إذا وكل رجل رجلاً (بشراء عبد أو جارية لا يصح) أي لا يصح التوكيل بمجرد هذا اللفظ (لأنه يشمل أنواعاً) أي لأن هذا اللفظ : يعني لفظ عبد وجارية يشمل أنواعاً فلا يدري المراد فإن بين النوع كالتركي أو الحيشي أو الهندي أو السندی أو المولد) وفي المغرب المولدة التي ولدت ببلاد الإسلام (جاز) أي التوكيل وكذا إذا بين الثمن لما ذكرناه (أراد به قوله لأن بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً . قال بعض المشايخ : إن كان يوجد بما سمى من الثمن من كل نوع لا يصح ببيان الثمن مالم يبين النوع كذا في النخبة) (ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين الصفة) وهي (الجوده والرداءة والسلطة) أي الوسط للسلطة مع الوسط كالعمدة مع الوعد والمطة مع الوعد أن التاء في آخرها عوضت عن الواو السابقة من أولها في المصدر والقول من حد ضرب (جاز) أي التوكيل (لأنه) أي هذا التقدير من الجهالة (جهالة مستدركة) أي بسيرة فلا يبالى بها (ومراده) أي مراد القلوري (من للصفة المذكورة في الكتاب) أي في مختصره (النوع) أيوافق كلامه القاعدة الشرعية وما صرح به في كتب سائر المشايخ (وفي الجامع الصغير : ومن قال لآخر اشترى ثوباً أو دابة أو داراً فالوكالة باطلة) أي وإن بين الثمن كما ذكر فيها مر ، ولما بطلت الوكالة كان الغراء واقعا على الوكيل كما صرح به في نسخ الجامع الصغير فقال : رجل أمر رجلاً أن يشتري له ثوباً أو دابة فاشترى فهو مشتر لنفسه والوكالة باطلة (للجهالة الفاحشة ، فإن الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الأرض . وفي العرف ينطلق على الخيل

والثمن ، وإذا قال اشترى عبداً أو جارية لا يصح لأن ذلك يشمل أنواعاً ، فإن قال عبداً تركياً أو حبشياً أو مولداً وهو الذي ولد في الإسلام أو قال جارية هندية أو رومية أو فرساً أو بغلاً صحت ، لأن بذكر النوع تقل الجهالة ، وكذا إذا قال عبداً بحمصية أو جارية بالغ صحت لأن بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً عادة فلا تمنع الامتثال . وتبين من هذا أنه إذا ذكر النوع أو الثمن بعد ذكر الجنس صارت الجهالة بسيرة ، وإن لم يذكر الصفة : أي الجوده والرداءة والسلطة . وغاية ذكر الجامع

والحمار والبغل فقد جمع أجناسا، وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الأجناس لأنها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الأغراض والبحيران والمراق والمحال والبلدان فيتمتع الامتثال (قال : وإن سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز) معناه نوعه ، وكذا إذا سمى نوع الدابة بأن قال حمارا أو نحوة .

والحمار والبغل فقد جمع أجناسا، يعنى أن لفظ الدابة سواء حل على الثمة أو على العرف قد جمع أجناسا فكانت الجهالة فيه فاحشة (وكذا الثوب) أى هو أيضا يجمع أجناسا (لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء) أى من الأعلى إلى الأدنى فكانت الجهالة فيه أيضا فاحشة (ولهذا لا يصح تسميته) أى تسمية الثوب (مهرا) فإن الجهالة الفاحشة تبطل التسمية في باب المهر أيضا (وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الأجناس) يعنى أن الدار وإن لم تجمع أجناسا حقيقة إلا أنها تجمع ما هو في معنى الأجناس (لأنها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الأغراض والبحيران والمراق والمحال والبلدان فيتمتع الامتثال) أى يتمتع الامتثال لأمر الأمر بشراء الأشياء المذكورة لتفاحش الجهالة . قال (وإن سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز) أى التوكيل هذا لفظ الجامع الصغير . قال المصنف (معناه) يعنى معنى جنس الدار في قوله ووصف جنس الدار (نوعه) فحينئذ تلحق بجهالة النوع وهى جهالة يسيرة لا تمتنع حصة الوكالة كما مر . قال صاحب النهاية : وتقييده بذكر نوع الدار مخالفت لرواية المبسوط فقال فيه : وإن وكله بأن يشترى له دارا ولم يسم ثمنها لم يجز ذلك ، ثم قال : وإن سمى الثمن جاز لأن بتسمية الثمن تصير معلومة عادة ، وإن بقيت جهالة فهى يسيرة مستتركة . والمتأخرون من مشايخنا يقولون في ديارنا لا يجوز إلا ببيان الهلة انتهى . واقضى آفوه صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع . وأنا أقول : في تحقيق المقام : إنما حل المصنف الجنس الواقع في عبارة الجامع الصغير هاهنا على النوع لثلاثيئة معنى المقام ، فإنه لو أجرى الجنس هاهنا على معناه الظاهرى كان ذكر وصف الجنس مستتركا بالنظر إلى مسألة الدار ومغلا بالنظر إلى مسألة الثوب . أما الأول فلأن الموكل إذا سمى ثمن الدار يلفو هناك وصف جنسها ، إذ لا مدخل لوصف الجنس في رفع الجهالة ، وإنما ترتفع الجهالة بتسمية الثمن أو ببيان النوع كما تقرر فيها مر قبل . وأما الثاني فلأن الثوب معطوف على الدار فيصير المعنى : إن وصف الموكل جنس الثوب جاز التوكيل ، ولا حصة له على تقدير إن كان الجنس يجرى على معناه الظاهرى ، لأن الثوب من قبيل ما يجمع أجناسا فالجهالة فيه فاحشة وهى لا ترتفع . وإن بين الثمن ، فكيف يتصور ارتفاعها بمجرد وصف الجنس . وأما إذا حل على معنى النوع فيصعب المعنى في مسألة الثوب بلا حبار ، إذ ببيان النوع ترتفع الجهالة التى تمنع حصة الوكالة قطعا ، ولأنما يبقى الكلام في مسألة الدار فإنها تصير حينئذ مقيدة بتسمية الثمن ووصف النوع ، مع أن تسمية الثمن كافية فيها على ما وقع في رواية المبسوط ، بل في رواية عامة الكتب ، فتصير رواية الجامع الصغير مخالفة لرواية تلك الكتب ، لكن وقبح الروايتين ليس بعزيز في المسائل الشرعية ، فيجوز أن يكون الأمر هاهنا أيضا كذلك ، فيكون مدار رواية الجامع الصغير على أن الجهالة في الدار فاحشة كما بينه المصنف ، ومدار رواية تلك الكتب على أن الجهالة فيها متوسطة كما صرحوا به . ثم إننا إن جعلنا وصف النوع في حق الدار بيان الهلة صار ما ذكره في الجامع الصغير حين ما قاله المتأخرون من مشايخنا وكان موافقا لما ذكر في كثير من الكتب فتأمل . قال المصنف (وكذا إذا سمى نوع الدابة بأن قال حمارا أو نحوة) أى يصح التوكيل بشراء الحمار ونحوه وإن لم يبين الثمن ، وبه صرح في المبسوط لأن الجنس صار معلوما

الصغير ببيان اشتغال لفظه على أجناس مختلفة كما أشرنا إليه .

(قال المصنف : وإن سمى ثمن الدار ، إل قوله : جاز معناه نوعه) أقول : وفى شرح الجامع الصغير للإمام الترقافى : ولو قال اشترى لي حمارا أو فرسا أو لوبيا يهوديا أو هرويا مسح التوكيل وإن لم يبين الثمن ، لأن هذه جهالة يسيرة يمكن دركها بجمال الأمر . ولو قال اشترى لي جارية أو عبدا أو أولاد أو دارا ، إن بين الثمن حصة الوكالة ولا فلا : لأن جهالة هذه الأشياء أكثر من جهالة الفرس وأقل من جهالة الثوب ، فإن بين الثمن ألحق بجهالة الفرس ، وإن لم يبين ألحق بجهالة الثوب انتهى . ولا يخفى عليه مخالفة المذكورين للمدعى لما في هذا الكتاب .

(قال : ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشترى بها طعاما فهو على الحنطة وديقيها) استحسانا . والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في الميزان على الأكل إذ الطعام اسم لما يطعم . وجه الاستحسان أن العرف أمك وهو على مذكرناه إذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ،

بسمية النوع ، وإنما بقيت الجهاة في الوصف فصنع الوكالة بدون تسمية الثمن . فإن قيل : الحميم أنواع منها ما يصلح لركوب العظماة ، ومنها ما لا يصلح إلا للحمل عليه . قلنا : هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا : إن القاضي أو الوالي إذا أمر إنسانا بشواء حار ينصرف إلى ما يركب مثله ، حتى لو اشترى مقطوع الذنب أو الأذنين لا يجوز عليه ، بخلاف ما لو أمره الفايدي بذلك ، كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح . أقول : بقي هاهنا كلام ، وهو أن ما ذكره المصنف هاهنا يخالف لما ذكره في باب المهر في مسألة التزوج على حيوان غير موصوف حيث قال هناك : معنى هذه المسئلة أن يسمى جنس الحيوان دون الوصف بأن يتزوجها على فرس أو حمار انتهى . فقد جعل الحمار هناك جنسا وهنا نوعا والتوجيه الذي ذكره صاحب العناية هناك من أنه أراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء دون مصطلح أهل المنطق ليس بجيد ، إذ قد صرح المصنف هاهنا بأن الحمار نوع ، ولا شك أن مراده بالنوع هاهنا ما هو مصطلح الفقهاء وإلا لزم بيان ثمن الحمار أيضا ، وقد صرحوا بعدم لزومه فلم يكن الحمار جنسا على مصطلح الفقهاء أيضا (قال : أي محمد في الجامع الصغير) ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشترى بها طعاما فهو على الحنطة وديقيها (وإنما قيد بدفع الدراهم النخ لأنه إذا لم يدفع إليه دراهم وقال اشترى بها طعاما لم يميز على الآخر لأنه لم يبين له المقدار وجهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث أن الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الأمر بما سعى له كذا في الكافي وغيره ، وما ذكر في الكتاب استحسان (والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة) أي حقيقة الطعام (كما في الميزان على الأكل) يعني إذا حلف لا يأكل طعاما يحث بأكل أي طعام كان (إذ الطعام اسم لما يطعم) بحسب الحقيقة (وجه الاستحسان أن العرف أمك) أي أقوى وأرجح بالاعتبار من الحقيقة (وهو) أي العرف (على ما ذكرناه) أي على الحنطة وديقيها (إذا ذكر) أي الطعام (مقرونا بالبيع والشراء) يعني أن العرف في شراء الطعام إنما يقع على الحنطة وديقيها ، وبائع الطعام في الناس من يبيع الحنطة وديقيها دون من يبيع الفواكه فصار التقيد الثابت بالعرف كالثابت بالنص ، كذا في المبسوط . وقال في الكافي : وهذا لو حلف لا يشترى طعاما لا يثبت إلا بشراء البر وديقيها

قال (ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشترى بها طعاما النخ) ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشترى بها طعاما يقع على الحنطة وديقيها استحسانا ، والقياس أن يقع على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة ، كما إذا حلف لا يأكل طعاما إذ الطعام اسم لما يطعم (وجه الاستحسان أن العرف أمك) أي أقوى وأرجح بالاعتبار من القياس ، والعرف في شراء الطعام أن يقع على الحنطة وديقيها . قالوا : هذا عرف أهل الكوفة ، فإن سوق الحنطة وديقيها عندهم يسمى سوق الطعام ، أما في عرف غيرهم فينصرف إلى كل مطعوم . قال بعض مشايخ موارد الثمر : الطعام في عرف ديارنا ما يمكن أكلمه من غير إدام كاللحم المطبوخ والمشوى وغير ذلك فينصرف التوكيل إليه . وقيل إن كثرت الدراهم على الحنطة ، وإن قلت فهو على الخبز ، وإن كان بين ذلك فعل الدقيق ، وهذا يظهره يدل على أن ما ذكره أولا مطلق : أي سواء كانت الدراهم قليلة أو كثيرة إذا وكل بشراء الطعام ينصرف إلى شراء الحنطة وديقيها ، وهذا الثاني المعبر عنه بلفظ قيل يخالف للأول وهو قول أبي جعفر المنبذوني ، ولكن ذكر في النهاية أنه ليس بقول مخالف للأول بل هو داخل في الأول ، وذكر ما يدل على ذلك من المبسوط بقوله : قال في المبسوط بعد ما ذكر ما قلنا : ثم إن قلت الدراهم فله أن يشتري بها خبزا ، وإن كثرت فليس له أن

ثم أقول : ويعمل أن يكون الواو في قول المصنف ووصف جنس الدار بمعنى أو حتى لا يخالف ما في سائر الكتب كالكانى وغيره . ثم الموافق لكلامه السابق لبقاء الواو على سنائه فليأمل (قوله وأرجح بالاعتبار من القياس) أقول : الأول أن يقال من الحقيقة .

ولا عرف في الأصل فيبقى على الوضع ، وقيل إن كثرت الدراهم فعلت الحنطة ، وإن قلت فعلت الخبز ، وإن كان فيما بين ذلك فعل الدقيق .

(ولا عرف في الأصل فيبقى على الوضع) أى يبقى الطعام في حق الأكل على الوضع والحقيقة ، ولهذا بحث في البين على الأكل بأكل أى معلوم كان . قالوا : هذا الذى ذكر في شراء الطعام من انصرافه إلى الحنطة ودقيقها إنما هو عرف أهل الكوفة فإن سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام ، وأما في عرف غيرهم فينصرف إلى شراء كل معلوم . وقال بعض مشايخ ما وراء النهر : الطعام في عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير إدام كاللحم المطبوخ والمشوى وغير ذلك فينصرف التوكيل إليه . قال الصدر الشهيد : وعليه الفتوى ، وكذا في اللخيرية وغيرها (وقيل إن كثرت الدراهم فعل الحنطة ، وإن قلت فعل الخبز ، وإن كان فيما بين ذلك فعل الدقيق) هذا بظاهره يدل على أن ما ذكره أولا مطلق : أى سواء كانت الدراهم قليلة أو كثيرة إذا وكل بشراء الطعام ينصرف إلى شراء الحنطة ودقيقها ، وهذا الذى ذكره ثانياً وعبر عنه بلفظ قيل مخالفت للأول وهو قول الفقيه أبى جعفر الهندواى كما ذكره الصدر الشهيد في أول باب الوكالة بالبيع والشراء من يبيع إجماع الصغير وحزاه الإمام قاضيخان في فتاواه إلى شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده ، ولكن قال صاحب النهاية : إنه ليس يقول مخالفت للأول بل هو داخل في الأول ، وإليه أشار في المبسوط واللخيرية فقال في المبسوط بعد ذكر ما قلنا : ثم إن قلت الدراهم فله أن يشتري بها خبزاً ، وإن كثرت فليس له أن يشتري بها الخبز ، لأن ادخاره غير ممكن ، وإنما يمكن الادخار في الحنطة . وذكر في اللخيرية : وإذا وكل رجلاً بأن يشتري له طعاماً ودفع إليه الدراهم صح التوكيل استحساناً ، وينصرف التوكيل إلى الحنطة ودقيقها وخبزها وتحكم الدراهم في تعيين واحد منها إن كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشتري بمثلها في العرف إلا الخبز ، فالتوكيل ينصرف إلى الخبز إلى آخره . ثم قال : قال القدورى : إذا كان الرجل قد اتخذ وليمة يعلم أن مراده من التوكيل الخبز وإن كثرت الدراهم ، فإذا اشترى الخبز في هذه الصورة يجوز على الأمر إلى هاهنا كلام صاحب النهاية . وقال صاحب العناية بعد نقل رأى صاحب النهاية هاهنا من أن المبرر عنه يقبل غير مخالف للأول بل هو داخل فيه . وأقول : في تحقيق ذلك العرف يصرف إطلاق اللفظ المتناول لكل معلوم إلى الحنطة ودقيقها ، والدراهم بقلتها وكثرتها وسطها تعيين أفراد ماصيه العرف . وقد يعرض ما يرجع على ذلك ويصرفه إلى خلاف ما حل عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة ليشتري بها طعاماً فاشترى بها خبزاً وقع على الوكالة لعلم بأن المراد ذلك انتهى . وطعن فيه بعض الفضلاء حيث قال : نسبة هذا الكلام إلى نفسه عجيب ، فإن صاحب النهاية ذكر ما يدل على ما قاله من المبسوط واللخيرية . ولا يذهب عليك أن ما ذكره بقوله أقول هو ما في اللخيرية بمبته انتهى . وأقول : لا يذهب على المتأمل في كلام صاحب العناية أن نسبته إلى نفسه ليست بمحمل التعجب لأنه أراد بيان وجه ما ذكره أولاً من أصل المسئلة وبيان طريق دخول ما ذكر ثانياً بقيل في الأول وبيان التوفيق بين ما ذكره القدورى وبين ما ذكر هاهنا بقيل ، وفي اللخيرية يتحكم الدراهم وقصد لإفادة هذه المعاني الثلاثة بقيل داخل في الأول ، وقد ذكر فيه الخبز أيضاً دون الأول ،

يشتري بها الخبز لأن ادخاره غير ممكن ، وإنما يمكن الادخار في الحنطة . وأقول : في تحقيق ذلك العرف ينصرف إطلاق اللفظ المتناول لكل معلوم إلى الحنطة ودقيقها ، والدراهم بقلتها وكثرتها وسطها تعيين أفراد ماصيه العرف . وقد يعرض ما يرجع على ذلك ويصرفه إلى خلاف ما حل عليه ، مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة ليشتري بها طعاماً فاشترى بها خبزاً وقع على

(قوله وأقول في تحقيق ذلك العرف ينصرف الخ) أقول : نسبة هذا الكلام إلى نفسه عجيب ، فإن صاحب النهاية ذكر ما يدل على ما قاله من المبسوط واللخيرية ، فقال بعد نقل كلام المبسوط : وذكر في اللخيرية : وإذا وكل رجلاً بأن يشتري له طعاماً ودفع إليه الدراهم صح التوكيل استحساناً وينصرف التوكيل إلى الحنطة ودقيقها وخبزها ، وتحكم الدراهم في تعيين واحد منها إن كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشتري بمثلها في العرف إلا الخبز ، ولا يذهب عليك أن ما ذكره بقوله أقول هو ما في اللخيرية بمبته (قوله إلى الحنطة ودقيقها) أقول : الأول أن يقول وخبزها أيضاً .

قال (وإذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب مادام المبيع في يده) لأنه من حقوق النقد وهي كلها إليه (فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه) لأنه انتهى حكم الوكالة، ولأن فيه إبطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه ، ولهذا كان خصما لمن يدعى في المشتري دعوى كالتشيع وغيره قبل التسليم إلى الموكل لا بعده . قال (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم) لأنه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على مامر ،

وكيف يصح ما ذكر في التحقيق المزبور من أن الدرام بقلها وكثرها وسطها تعين أفراد ماعينه العرف ، والخبر لم يدخل فيها عينه العرف على ما ذكر فيه . لا يقال : يجوز أن يدرج الخبر في الحطة ودقيقها المذكورين أو أن يعمل في حكمهما فيكتفى بذكرهما عن ذكره . لأننا نقول : لا مجال للشيء من ذلك لأنهم جعلوا الخبر قسما للحطة ودقيقها في الذكر والحكم حيث قالوا : إن كثرت الدرام فعل الحطة ، وإن قلت فعل الخبر ، وإن كان فيما بين ذلك فعل الدقيق فأتى بتيسر ذلك . نعم قد ذكر الخبر مع الحطة ودقيقها في الأخيرة في أصل المسئلة وبيان تحكيم الدرام كما مر تفصيلا عند نقل كلام صاحب النهاية ، فحيث لا إشكال ، ولكن الكلام في تصحيح مسئلة الكتاب ومسئلة المبسوط على القول بكون الكلام الثاني داخلا في الأول فتأمل (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب) أي فالوكيل أن يرد ما اشتراه على البائع بسبب العيب فيه (مادام المبيع في يده ، لأنه) أي الرد بالعيب (من حقوق النقد) أي من حقوق عقد الشراء (وهي كلها إليه) أي الحقوق كلها ترجع إلى الوكيل في مثل هذا العقد (فإن سلمه إلى الموكل) أي فإن سلم الوكيل المبيع إلى الموكل (لم يرده إلا بإذنه) أي لم يرده على البائع إلا بإذنه (ولأن فيه) أي في الرد بالعيب بعد التسليم إلى الموكل (إبطال يده) أي يد الموكل (الحقيقية فلا يتمكن من الوكالة والقطع حقه) ولأن فيه (أي في الرد بالعيب بعد التسليم إلى الموكل) أي انتهى حكم الوكالة بتسليمه إلى الموكل فخرج من الوكالة والقطع حقه (ولأن فيه) أي في الرد بالعيب بعد التسليم إلى الموكل (إبطال يده) أي يد الموكل (الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه) أي بإذن الموكل الذي هو صاحب اليد الحقيقية (ولهذا) أي ولأجل كون الحقوق كلها إلى الوكيل كذا قيل في كثير من الشروح . أقول : فيه نظر لأن هذا التفسير إنما يتم بالنظر إلى قول المصنف فيما سياتي قبل التسليم إلى الموكل لا بالنظر إلى قوله لا بعده كما لا يخفى ، مع أن كلا منهما في حيز هذا التفرع كما ترى . فالخفى في التفسير أن يقال : أي لما ذكرنا من الأدلة على جواز الرد في صورة وعدم جوازه في أخرى (كان) أي الوكيل (خصما لمن يدعى في المشتري دعوى كالتشيع) إذا ادعى حق الشفعة في المشتري (وغيره) أي وغير التشيع كمن يدعى الاستحقاق في المشتري من حيث الملك (قبل التسليم إلى الموكل) متعلق بقوله كان خصما : أي كان الوكيل خصما لذلك المدعى قبل التسليم إلى الموكل (لا بعده) أي لم يكن خصما له بعد التسليم إليه (قال) أي القدوري في مختصره (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم) يعني إذا وكل شخصا أن يعقد عقد الصرف أو يسلم في مكبل مثلا ففعل جاز لأنه قد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعا للحاجة (على مامر) في أول كتاب الوكالة وهو قوله كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره . قال جمهور الشراح : يرد عليه مسئلة الوكالة

الوكالة للعلم بأن المراد ذلك . قال (وإذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب الخ) وإذا اشترى الوكيل ماوكل به وقبض ثم اطلع على عيب ، فلما أن يكون المشتري يده أودعه إلى الموكل ، فإن كان الأول جاز له أن يرده إلى البائع بغير إذن الموكل ، لأن الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها إليه ، وإن كان الثاني لم يرده إلا بإذنه لانتهاء حكم الوكالة ، ولأن في الرد إبطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه (ولهذا) أي ولكون الحقوق كلها إليه (كان خصما لمن يدعى في المشتري دعوى كالتشيع وغيره) كالمستحق (قبل التسليم إلى الموكل) قال (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم الخ) إذا وكل شخصا بأن يعقد عقد الصرف أو يسلم في مكبل مثلا ففعل جاز لأنه عقد يملكه الموكل بنفسه فيجوز التوكيل به على مامر في أول كتاب الوكالة ،

(قوله ولهذا : أي ولكون الحقوق كلها إليه) أقول : الخارج تنبع في هذا التفسير الإقتناع ، وفيه بحث ، فإن الأول أن يقول : أي لما ذكر من الأدلة على جواز الرد قبل التسليم وعدم جوازه بعده إلا بإذنه ، إذ لا يتفرع قوله لا بعده على ما ذكره مع أنه مذكور في معنى التفرع ، ولعقلته على ذلك لم يذكر الخارج قوله لا بعده ، بخلاف الإقتناع فليتأمل .

ومراده التوكيل بالإسلام دون قبول السلم لأن ذلك لا يجوز ، فإن الوكيل يبيع طعاما في ذمته على أن يكون الثمن لغيره ، وهذا لا يجوز .

من جانب المسلم إليه قلنا لا يجوز مع أن المسلم إليه لو باشر بنفسه لقبول السلم يجوز . ففهم من لم يجب عنه ومنهم من أجاب عنه . فقال صاحب غاية البيان : فجوابه أن القياس أن لا يملكه المسلم إليه أيضا لكونه بيع المعلوم ، إلا أنه جوز ذلك من المسلم إليه رخصة له دفعا لحاجة المفائيس . وقد روى «أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع مائيس عند الإنسان ورخص في السلم » وما ثبت بخلاف القياس يقتصر فيه على مورد النص فلم يجوز توكيله غيره . أو نقول : جاز بيع المعلوم ضرورة دفع حاجة المفائيس . والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ، فلم يظهر أثره في التوكيل ولم يرد نقضا على الكلي الذي قاله القدوري ، لأن تملك المسلم إليه العقد بنفسه لعارض الضرورة ، والعوارض لا تتقدم في القواعد . وقال هذا ما سمع به خاطري في هذا المقام ، وقد تبينه صاحب العناية في كلا وجهي جوابه ولكنه أجلهما . أقول : في كل أحد منهما نظر . أما في الأول فلا أنه متقوض بعقد الإجارة مثلا لأنه كما يجوز أن يباشر الإنسان بنفسه يجوز أن يوكل به غيره بلا خلاف ، مع أنه ثابت أيضا على خلاف القياس بالنص كما سيأتي في أول كتاب الإجارة . ثم إن الظاهر أن مورد النص مجرد جواز عقد السلم من غير تعرض للمباشرة بنفسه ، فجواز التوكيل فيه على فرض الاتيان في الاقتصاد على مورد النص ، كما أن جوازه في عقد الإجارة لم يناف في الاقتصاد على مورد النص لأجل ذلك . وأما في الثاني فلا أنه مع انتفاضه أيضا بمثل عقد الإجارة يرد عليه أن في التوكيل أيضا ضرورة دفع الحاجة سيما إذا كان الموكل مريضا أو شيخا فانيا أو نحو ذلك ، فيكون الثابت بالضرورة مقدرا بقدر الضرورة لا يمنع جواز التوكيل من جانب المسلم إليه أيضا . لا يقال : إنما جاز بيع المعلوم في عقد السلم لضرورة دفع حاجة المفائيس إلى الثمن لاطلاق الضرورة . والذي يتحقق في التوكيل ضرورة دفع حاجة الموكل إلى العمل لا غير . لأننا نقول : بل يتحقق في التوكيل عند الحاجة إليه ضرورة دفع حاجة المفائيس إلى الثمن أيضا مع زيادة ، فإن المقلس العاجز عن المباشرة بنفسه إذا لم يقدر على توكيل غيره لقبول السلم تشدد حاجته إلى الثمن . قال المصنف (ومراده التوكيل بالإسلام) أي مراد القدوري بالتوكيل بعقد السلم التوكيل بالإسلام ، وهو توكيل رب السلم غيره بأن يعقد عقد السلم ، ولفظ الإسلام إنما يستعمل من جانب رب السلم . يقال : أسلم في كذا : إذا اشترى شيئا بالسلم (دون قبول السلم) أي ليس مراده بذلك التوكيل بقبول السلم وهو التوكيل من جانب المسلم إليه (لأن ذلك) أي لأن التوكيل بقبول السلم (لا يجوز فإن الوكيل حينئذ يبيع طعاما في ذمته على أن يكون الثمن لغيره) أي الموكل (وهذا لا يجوز)

ولو وكله بأن يقبل السلم لا يجوز لأن الوكيل يبيع طعاما في ذمته على أن يكون الثمن لغيره ، وذلك لا يجوز لأن من باع ملك نفسه العين على أن يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الديون . واعتراض بأن قبول السلم عقد يملكه الموكل فالواجب أن يملكه الوكيل حفظا للقاعدة المذكورة عن الانتفاض ، وبأن التوكيل بالشراء جائز لأعالة ، والتمن يجب في ذمة الموكل والوكيل مطالب به فلم لا يجوز أن يكون المال للمسلم إليه والوكيل مطالب بتسليم المسلم فيه . وأجيب عن الأول بأن الموكل يملكه ضرورة دفع الحاجة وبالنص على خلاف القياس . والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى إلى جواز التوكيل به ، والثابت بالنص على خلاف القياس يقتصر على مورد النص ، والنص ورد بجواز قبوله فلا يتعدى إلى الأمر به . وعن الثاني بأن كلامنا فيها إذا كان المبلد في ذمة شخص وآخر يملك بدله ، وما ذكرتم ليس كذلك فإن الموكل في الشراء يملك المبلد ويلزم المبلد في ذمته . فإن قيل : فاجعل المسلم فيه في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشراء . فالجواب هو إجابات عن السؤال الأول المذكور آنفا ،

(قال المصنف : فإن التوكيل يبيع طعاما في ذمته على أن يكون الثمن لغيره) أقول : لأن الحقوق ترجع إليه فيكون الطعام ديناً في ذمته ، كما أن الثمن يكون ديناً في ذمة التوكيل بالشراء فليقبل ، فإننا لانسلم أن الثمن دين في ذمة الوكيل (قوله فلم لا يجوز أن يكون المال للثمن) أقول : يعني أن يكون الثمن (قوله وبالنص على خلاف القياس) أقول : المراد من النص هو ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام «نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان » ورخص في السلم « كما مر في أول باب السلم » (قوله فالجواب هو إجابات عن السؤال الثاني) أقول : جواب بتعريف الدليل واعتراف بهم تمام التعليل الأول .

(فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) لوجود الافتراق من غير قبض (ولا يعتبر مفارقة الموكل) لأنه ليس بعائد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصبح قبضه وإن كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه ،

لأن من باع ملك نفسه من الأحيان على أن يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الدين نص على ذلك محمد في باب الوكالة بالسلم من البيوع . وإذا بطل التوكيل من المسلم إليه بقبول عقد السلم كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له ، فإذا سلمه إلى الأمر على وجه التملك منه كان قرضا له عليه ، كذا في الميسوط وغيره . فإن قيل قد يجوز التوكيل بشيء يجب في ذمة الغير كما في التوكيل بالشراء ، فإن الوكيل هو المطالب بالثمن والتمن يجب في ذمة الموكل فلم لا يجوز فيما نحن فيه توكيل المسلم إليه غيره بقبول السلم على أن يطلب الوكيل بتسليم المسلم فيه بجامع معنى الدينية . فإن المسلم فيه دين في ذمة المسلم إليه كالتأمين في ذمة المشتري . قلنا : بين الدينين فرق ، فإن المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض ، وليس للثمن حكم المبيع فلا يلزم من إلحواز هناك إلحواز هنا ، كذا في النهاية ومعراج النوايا . وقال صاحب العناية في إجابات عن السؤال المذكور : إن كلامنا فيما إذا كان المبدل في ذمة شخص وآخر يملك بدله ، وما ذكرتم ليس كذلك فإن الموكل بالشراء يملك المبدل ويلزم المبدل في ذمته . وقال : فإن قيل : فاجعل المسلم فيه في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشراء . فأجواب هو إجابات عن السؤال الأول المذكور آنفا انتهى كلامه . أقول : إنه عدل هاهنا عن نهي الصواب حيث قصبت التصرف الزائد ولكن أفسد ، لأن ما ل جوابه الاعتراف بعدم تمام الدليل الذي ذكره المصنف ، والتصير إلى دليل آخر حاصل من إجابات عن السؤال الأول الذي حاصله أن جواز قبول السلم ثابت بالنص على خلاف القياس وبالضرورة ، فيقتصر على مورد النص ويتقدر بقدر الضرورة فلا يتعدى إلى الأمر به . والدليل الذي ذكره المصنف بما تلقته السلف وأخطت بالقبول فلا وجه للاعتراف بعدم تمامه مع تحقق المخلص من السؤال المذكور بإجواب الذي ذكره غيره . على أن إجابات عن السؤال الأول قد عرفت عدم تمامه بما أوردنا عليه فيما قبل (فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) هذا لفظ القدوري في مختصره : أي إن فارق الوكيل بعقد الصرف والسلم صاحبه الذي عقد معه قبل القبض بطل العقد (لوجود الافتراق من غير قبض) يعني أن من شرط الصرف والسلم قبض المبدل في المجلس ، فإذا وجد الافتراق فيما من غير قبض لم يوجد الشرط فبطل العقد . قال صاحب النهاية : هذا إذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد ، وأما إذا كان حاضرا في مجلس العقد يصير كأن الموكل صارف بنفسه فلا تتم مفارقة الوكيل ، كذا ذكره الإمام خواهر زاده . قال الزيلعي في التبيين : وهذا مشكل فإن الوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر انتهى (ولا تعتبر مفارقة الموكل) أي لا تعتبر مفارقتها قبل القبض (لأنه ليس بعائد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصبح قبضه) أي قبض الوكيل بدل الصرف (وإن كان لا يتعلق به الحقوق) أي وإن كان الوكيل ممن لا يتعلق به حقوق العقد (كالصبي والعبد المحجور عليه) لأن القبض في الصرف من ثمة العقد فيصبح بمن يصدر عنه العقد : أقول : لو قال المصنف في أثناء التعليل والمستحق بالعقد قبض العاقد والقبض من العاقد وهو الوكيل

وإذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له ، فإذا سلمه إلى الأمر على وجه التملك منه كان قرضا له عليه ، ولا فرق في ذلك بين أن يضيف العقد إلى نفسه أو إلى الأمر لإطلاق ما يدل على بطلانه ، ولابد من قبض بدل الصرف ورأس مال السلم في المجلس ، فإن قبض العاقد وهو الوكيل بدل الصرف صح قبضه سواء كان مما يتعلق به الحقوق أو ممن لا يتعلق به كالصبي والنبد المحجور عليه فإن قبضه صحيح وإن لم يكن لازما (فإن فارق صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض) قال شيخ الإسلام : هذا إذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد ، وأما إذا كان حاضرا فيه فإن الموكل يصير كالصارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل . وهذا مشكل فإن الوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل أو

(قوله وهو مشكل ، فإن الوكيل أصيل في باب البيع فتح) أقول : وهذا الإشكال توارد على الزيلعي أيضا . ونص عبارته : قال

بمخلاف الرسول لأن الرسالة في العقد لا في القبض ، وينتقل كلامه إلى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح .

فيصح قبضه والقبض منه لكان أولى وألحق ، إذ لا يخفى أن المدعى هاهنا وهو قوله ولا تعتبر مفارقة الوكيل عام لباني الصرف والسلم ، كما أن قوله فيما قبله فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد عام لهما . والدليل الذي ذكره هاهنا خاص بباب الصرف لأن التوكيل في باب السلم إنما يصح من جانب رب السلم لامن جانب السلم إليه كما مر ، والوكيل من جانب رب السلم ليس بقباض البذل بل هو المقبوض منه فلم يتناوله قوله والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه فكان الدليل قاصرا عن إفادة تمام المدعى ، بخلاف ما لوقال مثل ما ذكرنا فتدبر (بخلاف الرسول) متعلق بقوله فيصح قبضه . ومعناه أن الرسول إذا قبض لا يصح قبضه فلا يتم العقد به وفي بعض النسخ بخلاف الرسولين : أي الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم ، وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين في السلم : أي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم إليه ، لأنه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم إليه فكذلك لا يجوز الرسالة من جانبه كلها في الشروح (لأن الرسالة في العقد لا في القبض) وذلك لأن الكلام هاهنا في مخالفة الرسول في العقد للوكيل في العقد في بابي الصرف والسلم ، ورسالة الرسول في العقد إنما تثبت في العقد لا في القبض ، لأن القبض خارج عن العقد فلا يدخل تحت الرسالة فيه هذا . وقال صاحب العناية في توضيح قوله لأن الرسالة في العقد لا في القبض : وإلا لكان افتراق بلا قبض ، وفصل بعض الفضلاء مراده بأن قال : فإن ذلك إنما يكون إذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم أرسله إذ لامعنى للإرسال قبل المفارقة انتهى . أقول : فيه بحث ، لأن هذا إنما يفيد أن لا تكون الرسالة في القبض فقط ، لا أن تكون في العقد والقبض معا ، وبدون دفع هذا الاحتمال أيضا لا يتم المطلوب هاهنا كما لا يخفى تأمل (وينتقل كلامه إلى المرسل) أي وينتقل كلام الرسول في العقد إلى المرسل (فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح) أي لم يصح قبض الرسول فلم يتم العقد به . أقول : هاهنا إشكال ، وهو أن الرسالة في السلم إنما يجوز من جانب رب السلم لامن جانب المسلم إليه كالوكالة فيه على ما صرحوا به ، فلماذا بالرسول في باب السلم هو الرسول من جانب رب السلم فقط ، ولأشك أن وظيفة رب السلم هي العقد وتسليم رأس المال لاقبضه الذي هو من شرط عقد السلم ، وإنما القبض وظيفة السلم إليه فلا يتم الكلام بالنظر إلى الرسول في باب السلم كما لا يخفى . ثم إن هذا الإشكال ظاهر على نسخة ، بخلاف الرسولين وهي نسخة أطلق عليها الشراح حتى أن صاحبها التهاية والكفاية شرحاهذه النسخة ولم يذكر النسخة الأخرى أصلا وصاحب غاية البيان جعلها أصلا وذكر الأخرى تسخفا وفسر كلهم الرسولين بالرسول في الصرف والرسول في السلم . وأما على نسخة بخلاف الرسول فكذلك إن جعل الرسول عاما للرسول في الصرف والرسول في السلم كما ذهب إليه كثير من الشراح حيث فسروا الرسول بالرسول في الصرف والرسول في السلم ، وكما أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال : بخلاف الرسول : أي في الصرف والسلم

أولم يحضر ، ومفارقة الموكل غير معتبرة لأنه ليس بعاقده والمستحق قبض العاقد (قوله بخلاف الرسول) متعلق بقوله فيصح قبضه ، ووقع في بعض النسخ بخلاف الرسولين : أي الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم ، وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين في السلم : أي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم إليه ، لأنه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم إليه فكذلك الرسول ، ومعناه أن الرسول إذا قبض لا يصح العقد بقبضه (لأن الرسالة في العقد لا في القبض) وإلا لكان افتراق بلا قبض ، وإذا كانت فيه ينتقل كلامه إلى المرسل فكان قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح .

في التهاية : هذا إذا كان الموكل غالبا من مجلس العقد ، وأما إذا كان حاضرا في مجلس العقد يصير كأن الموكل صارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل ومزاه لإخراجه زاده . وهذا مشكل فإن التوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل ولم يحضر . ثم ذكر فيه بعده بأسطر فقال : المختبر بقا المتعاقدين في المجلس وغيبه الموكل لا تحضره ، ومزاه إلى وكالة المبهوط وإطلاعه ، وإطلاق سائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلا وإن كان سائرا انتهى . وعليك بالتأمل (قوله لأنه كما لا يجوز إلى قوله : فكذلك الرسول) أقول : لسبب الدليل لنرى الرسالة أيضا كما يتنهم من قوله لإطلاق ما يدل على إطلاقه فلي تأمل ، والمراد من الدليل في قولنا لعموم الدليل بلغ قوله ما ثبت ضرورة أو على خلاف القياس لا يقتضى

(قال : وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل) لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وهذا إذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولأن الحقوق لما كانت راجعة إليه وقد علمه الموكل يكون راضيا بدفعه من ماله (فإن هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) لأن يده كيد الموكل ، فإذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده

انتهى . وأما إذا جعل مخصوصا بالرسول في الصرف ليكون قوله بخلاف الرسول مطابقا لمعلقه وهو قوله فيصبح قبضه ، فإن المعنى هناك فيصبح قبض الوكيل بدل الصرف كما صرح به أكثر الشراح فيرفع الإشكال (قال: أى القدورى في مختصره) وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع) لم يكن مثيرا (فله أن يرجع به) أى بالثمن (على الموكل لأنه انعقدت بينهما) أى بين الوكيل والموكل (مبادلة حكمية) أى بيع حكى فصار الوكيل كالبائع من الموكل. قال صاحب غاية البيان في تحليل هذا لأن الملك ينقل إلى الوكيل أولا ثم ينتقل منه إلى الموكل انتهى . أقول : هذا شرح لكلام المصنف بما لا يرتضيه صاحبه . لأن انتقال الملك أولا إلى الوكيل ثم إلى الموكل طريقة الكرخي ، والمصنف قد اختار فيها من طريقة أبي طاهر ، وقال : هو الصحيح احترازا من طريقة الكرخي كما صرح به الشراح قاطبة هناك ، ومنهم هذا الشارح . وطريقة أبي طاهر ثبتت الملك ابتداء للموكل ، لكن خلافة عن الوكيل على ما مر تفصيله ، فالوجه أن يحمل مراد المصنف هنا أيضا على ذلك ، فإن الملك وإن ثبت للموكل ابتداء على طريقة أبي طاهر إلا أنه ثبت له خلافة عن الوكيل لا أصالة كما ذهب إليه الشافعي . ولا يخفى أن هذا القدر كاف في انعقاد المبادلة الحكيمة بينهما وإن لم يكن كافيا في المبادلة الحقيقية (وهذا) أى ولانعقاد المبادلة الحكيمة بينهما (إذا اختلفا في الثمن يتحالفان) والتحاليف من خواص المبادلة (ويرد الموكل بالعيب على الوكيل) أى وإذا وجد الموكل عيبا بالمشتري رده على الوكيل ، وهذا أيضا من خصائص المبادلة . لا يقال : ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليها . لأننا نقول : هذا دليل على " لا دليل على " فلا يتألف القرينة تأمل (وقد سلم المشتري للموكل) أى والحال أنه قد سلم المشتري للموكل (من جهة الوكيل فيرجع عليه) أى فيرجع الوكيل على الموكل بالثمن . والحاصل أنه لما كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل رجع الوكيل بالثمن على الموكل قطعاً (ولأن الحقوق) دليل آخر (لما كانت إليه) أى لما كانت راجعة إلى الوكيل (وقد علمه الموكل) أى علم رجوعها إليه (فيكون) أى الموكل (راضيا بدفعه) أى بدفع الثمن (من ماله) أى من مال الموكل . وتحقيقه أن الثبرع إنما يتحقق إذا كان الدفع بغير أمر الموكل ، والأمر ثابت هنا دلالة لأن الموكل لما علم أن الحقوق ترجع إلى الوكيل ومن جعلها دفع الثمن علم أنه مطالب بدفع الثمن لقبض المبيع فكان راضيا بذلك آمرا به دلالة (فإن هلك المبيع في يده) أى في يد الوكيل (قبل حبسه) أى قبل حبس الوكيل المبيع (هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) أى لم يسقط عن الموكل ، هذا لفظ القدورى : يعنى أن هلاك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه إياه لا يسقط الرجوع على الموكل (لأن يده) أى يد الوكيل (كيد الموكل ، فإذا لم يحبسه) أى الوكيل (يصير الموكل قابضا بيده) أى بيد الوكيل ، فاهلاك في يد الوكيل

قال (وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله) إذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن مثيرا فله أن يرجع به على الموكل لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية : أى صار الوكيل كالبائع من المشتري لثبوت أمارتها ، فإنها إذا اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان ، وإذا وجد الموكل عيبا بالمشتري يرد على الوكيل وذلك من خواص المبادلة . فإن قيل : ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليه ؟ قلنا : الفرع المختص بأصل وجوده يدل على وجود أصله فلا امتناع في كونه دليلا ، ولما الممتنع كونه حلة لأصله ، وإذا كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم له المشتري من جهته يرجع عليه (قوله ولأن الحقوق)

(قوله ولأن التناقض الخ) أقول : فإن ذلك إنما يكون إذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم أرسله ، إذ لا معنى للإرسال قبل المفاصلة (قوله أى صار الوكيل كالبائع من المشتري) أقول : الظاهر أن يقال كالبائع من الموكل .

(وله أن يحبس حتى يستوفى الثمن) لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل . وقال زفر : ليس له ذلك لأن الموكل صار قابضاً بيده فكأنه سلمه إليه فيسقط حق الحبس . قلنا : هذا لا يمكن التحرز عنه :

كالملاك في يد الموكل فلا يسقط الرجوع (وله أي الوكيل (أن يحبس) أي يحبس المبيع عن الموكل (حتى يستوفى الثمن) سواء كان الوكيل دفع الثمن إلى البائع أو لم يدفع ، كذا في الشروح قلنا من الميسر : قال في الخير : لم يذكر محمد في شيء من الكتب أن الوكيل إذا لم يتقدم الثمن وساعده البائع وسلم المبيع إليه هل لصق الحبس عن الموكل إلى أن يستوفى الدرهم منه . وحكى عن الشيخ الإمام خمس الأئمة الحلواني أن له ذلك ، وأنه صحيح لأن حق الحبس للوكيل في موضع نقد الثمن لأجل بيع حكي انعقد بين الوكيل والموكل ، وهذا المعنى لا يختلف بين النقد وعدمه انتهى . وقال صاحب غاية البيان : قلت هذا كلام عجيب من صاحب الخير ، وكيف غنى عليه هذا . وقد صرح محمد في الأصل في باب الوكالة في الشراء فقال : وإذا وكل الرجل رجلاً أن يشتري له عبداً بألف درهم بعينه فاشتره الوكيل وقبضه فطلب الأمر أخذ العبد من الوكيل وأبى الوكيل أن يدفعه فللوكيل أن يمتعه ذلك حتى يستوفى الثمن في قول أبي حنيفة ، وإن كان الوكيل نقد الثمن أو لم يتقدم فهو سواء ، إلى هنا لفظ محمد في الأصل انتهى . قال المصنف (لما بينا أنه) أي الوكيل (بمنزلة البائع من الموكل) أشار به إلى قوله لأنه انتقدت بينهما مبادلة حكيه وللبائع حق حبس المبيع عن المشتري قبض الثمن فكلما للوكيل ، وهذا لا يفصل بين أن يكون الوكيل دفع الثمن إلى البائع أولاً (وقال زفر : ليس له ذلك) أي ليس للوكيل حبس المبيع لاستيفاء الثمن (لأن الموكل صار قابضاً بيده) أي بيد الوكيل : يعني أن الموكل صار قابضاً قبض الوكيل بدليل أن هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل (فكأنه سلمه إليه) أي فكأن الوكيل سلم المبيع إلى الموكل (فيسقط حق الحبس) تشرحه أن يد الوكيل يد الموكل حكماً ، فلو وقع في يد الموكل حقيقة لم يكن للوكيل حق الحبس ، وكذا إذا وقع في يده حكماً (قلنا) لنا طريقان في الجواب عنه : مدار أحدهما تسليم أن الموكل صار قابضاً قبض الوكيل ، ومدار الآخر منع ذلك . فأشار إلى الأول بقوله (هذا) أي هذا القبض (بما لا يمكن التحرز عنه) يعني سلمنا أن الموكل صار قابضاً قبض الوكيل لكن هذا القبض بما لا يمكن التحرز عنه لأن الوكيل لا يتوصل إلى الحبس مالم يقبض ، ولا يمكنه أن يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضاً ، وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حق الوكيل في الحبس ، لأن سقوط

دليل آخر . وتحقيقه أن التبرع إما يتحقق إذا كان الدفع بغير إذن الموكل ، والإذن ثابت هاهنا دلالة لأن الموكل لما علم أن الحقوق ترجع إلى الوكيل ومن جعلها للدفع علم أنه مطالب بالدفع لقبض المبيع وكان راضياً بذلك أمراً به دلالة . وهلاك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه لا يسقط الرجوع لأن يده كيد الموكل ، فإذا لم يحبس صار الموكل قابضاً بيد الوكيل ، فالملاك في يد الوكيل كالملاك في يد الموكل فلا يظل الرجوع . وللوكيل أن يحبس حتى يستوفى الثمن لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل ؛ وللبائع حق حبس المبيع لقبض الثمن ، وعلى هذا لا يفصل بين أن يكون الوكيل دفع الثمن إلى البائع أولاً . وقال زفر رحمه الله : ليس له ذلك لأن الموكل صار قابضاً بيد الوكيل فصار كأنه سلمه إليه . والحبس في السلم غير متصور ، وإعنا في ذلك طريقان : أحدهما أن يقال التسليم الاختياري يسقط حق الحبس لأن المبادلة تقتضي الرضا ، وهذا التسليم ليس كذلك لكونه غيروريا لا يمكن التحرز عنه لأن الوكيل لا يتوصل إلى الحبس مالم يقبض ، ولا يمكن أن يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضاً فلا يسقط حق الحبس . والثاني أن يقال إن قبض الوكيل في الابتداء متردد بين أن يكون لتتميم مقصود الموكل وأن يكون لإحياء حقه ، وإعنا يتبين أحدهما بحسبه فكان الأمر فيه موقوفاً في الابتداء ، إن لم يحبس عنه عرفنا أنه كان عاملاً للموكل ، وإن حبسه كان عاملاً لنفسه وأن الموكل لم يصير قابضاً قبضه ، فإن حبسه فهلك كان مضموناً ضمان الزهر . عند أبي يوسف يعتبر الأكل من

(قوله وتحقيقه أن التبرع ، إلى قوله : هاهنا دلالة) أقول : الأطهر تبديل الآذن بالآمر ؛ ألا يرى إلى قوله أمراً به (قوله والحبس في السلم غير متصور) أقول : يعني غير متصور شرعاً (قوله لأن المبادلة تقتضي الرضا الخ) أقول : فيه تأمل (قوله والثاني أن يقال الخ) أقول : جواب جمع قوله لأن الموكل صار قابضاً بيده كما أن الأول جواب بيده تسليمه .

فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس ، على أن قبضه موقوف فيقول للموكل إن لم يحبسني ولتفسد عند حبسه (فإن حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند أبي يوسف وضمان المبيع عند محمد) وهو قول أبي حنيفة رحمه الله ، وضمان الغصب عند زفر رحمه الله لأنه منع بغير حق . لهما أنه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ،

حقه باعتبار رضاه بتسليمه ، ولا يتحقق منه الرضا فيما لا طريق له إلى التحرز عنه ، وإذا كان كذلك (فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس) وأشار إلى الطريق الثاني بقوله (على أن قبضه موقوف) يعني على أنا لانسلم أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بل قبض الوكيل في الابتداء موقوف : أي متردد بين أن يكون لتسليم مقصود الموكل وأن يكون لإحياء حق نفسه ، وإنما يتبين أحدهما عن الآخر بحسبه (فيقول للموكل إن لم يحبسني ولتفسد عند حبسه) يعني إن لم يحبسني عن الموكل عرفنا أنه كان حاملا للموكل فيقول له ، وإن حبسه عنه عرفنا أنه كان حاملا لنفسه وأن الموكل لم يصرف قابضا بقبضه (فإن حبسه) أي حبس الوكيل المبيع (فهلك) أي المبيع (كان مضمونا ضمان الرهن عند أبي يوسف) يعني يعتبر الأقل من قيمته زمن الدين ، فإذا كان الثمن خمسة عشر مثلاً وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة (وضمان المبيع عند محمد) يعني يسقط به الثمن قليلاً كان أو كثيراً ، وهذا الذي ذكره القنطاري في مختصره ولم يذكر فيه قول أبي حنيفة كما لم يذكر في المختلف والحصري وغير ذلك ، ولكن قال الشيخ أبو نصر البندادي : ذكر في الجوامع قول أبي حنيفة مثل قول محمد ، فذلك قال المصنف (وهو) أي قول محمد (قول أبي حنيفة) ولم يقل رأساً وضمان المبيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله على ما هو اللائق المعتاد فيها إذا اتحد قولهما (وضمان الغصب عند زفر) يعني يجب مثله أو قيمته بالغة ما بلغت . قال في العناية : فلا يرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر ، ويرجع الموكل على الوكيل إذا كانت قيمته أكثر انتهى . وهو المفهوم مما ذكر في أكثر الشروح . وقال الشارح تاج الشريعة : فيرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر ، ويرجع الموكل على الوكيل إن كانت قيمته أكثر انتهى . وهو المفهوم مما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية ، وهو الظاهر عند أبي حنيفة (لأنه) أي الحبس (منع بغير حق) لما مر أن قبض الوكيل قبض الموكل ، وليس له حق الحبس فيه فصار غاصباً (لهما) أي لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أنه) أي الوكيل (بمنزلة البائع منه) أي من الموكل كما تقدم (فكان حبسه لاستيفاء الثمن) إذ للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن (فيسقط) أي الثمن (بهلاكه) أي بهلاك المبيع . واعتراض بأنه لو كان كذلك لزم الضمان حبس أو لم يحبس ، لأن المبيع مضمون على البائع وإن لم يحبس . وأجيب بأنه إذا حبس معين أنه بالقبض كان حاملاً لنفسه فتقوى جهة كونه باتماً فلزم الضمان ، وأما إذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فأشبهه للرسول فهلك عنده أمانة كذا في العناية . أقول : لفاظل أن يقول كما أنه يشبه الرسول يشبه البائع أيضاً

فيثمنه ومن الثمن ، فإذا كان الثمن خمسة عشر مثلاً وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة . وضمان المبيع عند محمد وهو قول أبي حنيفة فيسقط الثمن به قليلاً كان أو كثيراً . وضمان الغصب عند زفر يجب مثله أو قيمته بالغة ما بلغت ، ولا يرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر ، ويرجع الموكل على الوكيل إن كانت قيمته أكثر . زفر يقول : منعه حقه بغير حق لما ذكرنا أن قبضه قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار غاصباً (لهما) أي لأبي حنيفة ومحمد (أن الوكيل بمنزلة البائع من الموكل) كما تقدم ، والبائع حبسه إنما هو لاستيفاء الثمن ، فكذا حبس الوكيل فيسقط الثمن بهلاك المبيع . واعتراض بأنه لو كان كذلك لزم الضمان حبس أو لم يحبس ، لأن المبيع مضمون على البائع وإن لم يحبس . وأجيب بأنه إذا حبس معين أنه بالقبض كان حاملاً لنفسه فتقوى جهة كونه باتماً فلزم الضمان ، وأما إذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فأشبهه للرسول فهلك عنده أمانة

(قوله ولا يرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر) أقول : يخالف لشرح الوقاية لصدر الفريفة قال فيه : وإن كان بالعكس فنه زفر يضمن عشرة فيطالب الخمسة من الموكل انتهى . أراد بقوله بالعكس أن تكون القيمة عشرة والثمن خمسة عشر (قوله وليس له حق الحبس فيه صار غاصباً) أقول : الأظهر أن يقال فصار غاصباً .

ولأبي يوسف أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لأن البيع ينفسخ بهلاكه وهاهنا لا ينفسخ أصل العقد . قلنا : ينفسخ في حق الموكل والوكيل ، كما إذا رده الموكل ببيع ورضى الوكيل به . (قال : وإذا وكله بشراء أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم

لانتقاد المبادلة الحكيمة بينهما كما مر ، فإن لم يجعل جهة مشابهته بالبائع ساقطة عن حيز الاعتبار فيها إذا لم يحبس المبيع لم يظهر وجه عدم الضمان في هذه الصورة كما لا يخفى ، وإن جعلت تلك الجهة ساقطة عن حيز الاعتبار في هذه الصورة فع عدم ظهور علة الإسقاط فيها يلزم أن لا يتمشى فيها ما ذكر فيها سبق من تعليل مشكلة رجوع الوكيل بالشراء بائناً على الموكل فيها إذا دفعه من ماله وقبض المبيع بانتقاد المبادلة الحكيمة بينهما مع أن تلك المسئلة شاملة لصورتي الحبس وعدم الحبس ، وعلتها انتقاد المبادلة الحكيمة بينهما فتأمل (ولأبي يوسف أنه) أى المالك (مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن) أى بعد أن لم يكن مضموناً لأنه لم يكن مضموناً قبل الحبس كما تقدم وصار مضموناً بعد الحبس ، وكل ما هو كذلك فهو بمعنى الرهن ، أشار إليه بقوله (وهو الرهن بعينه) يعنى هو بمعنى الرهن ، وهذا لإثبات مدعاه ، وقوله (بخلاف المبيع) لنفي قولهما : يعنى أن المشتري المخبوس هاهنا ليس كالمبيع (لأن البيع ينفسخ بهلاكه) أى بهلاك المبيع (وهاهنا لا ينفسخ أصل العقد) يعنى الذى بين الوكيل وبائنه . وأجاب المصنف عنه بقوله (قلنا ينفسخ) أى العقد (في حق الموكل والوكيل) وإن لم ينفسخ في حق البائع والوكيل ومثله لا يتمتع (كما إذا رده الموكل ببيع) أى إذا وجد الموكل حياً بالمشتري فردّه إلى الوكيل (ورضى الوكيل به) فإنه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل وإن لم ينفسخ بينه وبين بائنه . قال صاحب غايه البيان : وهذا مغالطة على أبي يوسف لأنه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ؛ ففي الأول ينفسخ البيع وفى الثانى لا ، وانتساخت البيع بين الوكيل والموكل بالردّ بالبائع لا يدل على انفساخه من الأصل إذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع انتهى . وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك : وأنه كما ترى قاسد ، لأنه إذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق ، بل إذا تأملت وجدت ما ذكر من جانب أبي يوسف خطأ أو مغالطة ، وذلك لأن البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع ، وإذا انفسخ العقد بين المشتري وبائنه لا ينفسخ بين البائع وبائنه فكان ذكره أحدهما : يعنى خطأ أو مغالطة (قال أى التقديرى في مختصره (وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم) أى إذا كانت عشرة أرطال من ذلك اللحم يساوى قيمته

(ولأبي يوسف أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن) لأنه لم يكن مضموناً قبل الحبس كما تقدم ، وصار مضموناً بعد الحبس ، وكل ما هو كذلك فهو بمعنى الرهن لا معنى البيع ، فإن المبيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد وهذا لإثبات مدعاه . وقوله (بخلاف المبيع) لنفي قولهما : يعنى أن المشتري ليس كالمبيع هاهنا لأن البيع ينفسخ بهلاك المبيع ، وهاهنا لا ينفسخ أصل البيع : يعنى الذى بين الوكيل وبائنه . وأجاب المصنف بقوله قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل وإن لم ينفسخ في حق البائع ، ومثله لا يتمتع كما لو وجد الموكل حياً بالمشتري فردّه ورضى به الوكيل فإنه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل . قيل : وهذا مغالطة على أبي يوسف ، لأنه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ، ففي الأول ينفسخ البيع ، وفى الثانى لا ، وانتساخت البيع بين الوكيل والموكل بالردّ بالبائع لا يدل على انفساخه من الأصل إذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع ، وأنه كما ترى قاسد لأنه إذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد البائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق ، بل إذا تأملت حق التأمل وجدت ما ذكر من جانب أبي يوسف خطأ أو مغالطة ، وذلك لأن البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع ، وإذا انفسخ العقد بين المشتري وبائنه لا ينفسخ بين البائع وبائنه فكان ذكره أحدهما . قال (وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم الخ) وكل رجلا

(قوله لنفي قولهما) أقول : يعنى صريحاً (قوله يعنى أن المشتري) أقول : أى المشتري المخبوس كما يدل عليه كلام الإتيان قوله فردّه ورضى به) أقول : يعنى رده على الوكيل (قوله في يد الوكيل بعد الحبس) أقول : وكذلك لا ينفسخ إذا هلك قبل الحبس فلا يكون كالمبيع مطلقاً (٦ - تكملة فتح القدير صفح - ٨)

لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة ، وقالوا : يلزمه العشرون بدرهم (وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول أبي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل . لأبي يوسف أنه أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أطلال ، فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين . ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أطلال ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل ،

درهما ، وإنما قيد به لأنه إذا كانت عشرة أطلال منه لاساوى درهما نفذ الكل على الوكيل بالإجماع ، كذا في الذخيرة وسيأتي في الكتاب (لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة . وقالوا : يلزمه العشرون بدرهم) إلى هنا لفظ القدوري . قال المصنف (وذكر في بعض النسخ) أى في بعض نسخ مختصر القدوري (قول محمد مع قول أبي حنيفة) وقال المصنف (ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل) أى في المبسوط فإنه قال في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه : وإذا وكله أن يشتري له عشرة أطلال لحم بدرهم لزم الأمر منها عشرة بنصف درهم والباقي للمأمور لأنه أمره بشراء قدر مسمى ، فما زاد على ذلك القدر لم يتناوله أمره فكان يشتري لنفسه ، وفي القدر الذى يتناوله أمره قد حصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء بأقل مما سمي له فكان مشتريا للأمر ، إلى هنا لفظ الأصل ولم يذكر الخلاف كما ترى (لأبي يوسف أنه أمره) أى أن الموكل أمر الوكيل (بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أطلال ، فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا) يعنى أن الوكيل لم يخالف للموكل فيما أمره ، وإنما جاء ظنه مخالفا لواقع فليس على الوكيل من ذلك شيء سببا إذا زاده خيرا (وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين) حيث جاز ذلك فكذلك هذا (ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة) أى بشراء عشرة أطلال لحم (ولم يأمره بشراء الزيادة) وظن أن ذلك المقدار يساوى درهما وقد خالفه فيما أمره به (فينفذ شراؤها) أى شراء الزيادة (عليه) أى على الوكيل لكونه غير مأمور به (وشراء العشرة على الموكل) أى وينفذ شراء العشرة على الموكل لأنه إتيان بالمأمور به .

بشراء عشرة أطلال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم ، فلما أن يكون ذلك اللحم يباع منه عشرة أطلال بدرهم أو مما يباع منه عشرون رطلا بدرهم ، فإن كان الأول لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة : وقالوا : يلزمه العشرون . وذكر في بعض نسخ القدوري قول محمد مع أبي حنيفة ، ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل : أى في وكالة المبسوط في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه فقال فيه : لزم الأمر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمأمور . لأبي يوسف أن الموكل أمر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أطلال ، والوكيل لم يخالفه فيما أمره وإنما جاء ظنه مخالفا لواقع ، وليس على الوكيل من ذلك شيء سببا إذا زاد خيرا وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين . ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أطلال ولم يأمره بشراء الزيادة فظن أن ذلك المقدار يساوى درهما وقد خالفه فيما أمره به فينفذ شراؤها عليه ، وشراء العشرة على الموكل لأنه إتيان بالمأمور به . وفيه بحث من وجهين : الأول يجب أن لا يلزم الأمر شيء من ذلك لأن العشرة ثبتت ضمنا لعشرين إلا قصد أو قد وكله بشراء عشرة قصدا ، ومثل هذا لا يجوز على أبي حنيفة ، كما إذا قال لرجل طلق امرأتى واحدة فطلقها ثلاثا لا تقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلاث . والمضمّن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه أيضا تبعا له . والثاني أنه إذا أمره أن يشتري له ثوبا ياهو وباعه عشرة فاشترى له عشرين بعشرة كل واحد منهما يساوى عشرة . قال أبو حنيفة : لا يجوز البيع في كل واحد منهما : يعنى لا يلزم الأمر منهما شيء ، والمسئلة كالمسئلة حد والقعدة بالعدة . وأجاب عن الأول الإمام حميد الدين

(قوله ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أطلال الخ) أقول : يعنى لا لعل أنه أمره بصرف الدرهم إلى اللحم ، فإن البقاء جالب للكل ، فالعشرون يطلب عشرة أطلال لا لطلب الدرهم إلا أنه ظن أن ذلك المقدار يساوى درهما (قوله لم يثبت لعن التوكيل الخ) أقول : لم يثبت على الموكل أو مطلقا الثاني ممنوع والأول لا ينضم (قوله وأجاب عن الأول الإمام حميد الدين الخ) أقول : ويجاب أيضا بأن العشرين هنا ثبتت والعشرة

فإن قيل : ينبغي أن لا يلزم الأمر عنده عشرة بنصف درهم أيضا لأن هذه العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ، ومثل هذا لا يجوز على قوله كما إذا قال لرجل طلق امرأتى واحدة فطلقها ثلاثا لا يقع عنده الواحدة لثبوتها في ضمن الثلاث ، والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه أيضا تبعا له . قلنا : ذلك مسلم في الطلاق لأن المتضمن لم يثبت هناك لأن الموكل لعدم التوكيل به ، ولا من الوكيل لأن المرأة امرأة الموكل لا امرأة الوكيل ، وأما هنا إذا لم يثبت الشراء من الموكل ثبت من الوكيل لأن الشراء إذا وجد تفاديا لا يتوقف بل يتوقف على الوكيل كما في سائر الصور التي خالف الوكيل بالشراء فلما ثبت للمتضمن وهو العشرون ثبت ما في ضمنه وهو العشرة ، إلا أن الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم فهو مخالفة إلى غير فينقل على الموكل ، ولأن الثمن يتوزع على أجزاء المبيع فيحتل كل الكل مقصودا فلا يتحقق الضمن في الشراء كلها في النهاية ومعراج الداية نقلا عن الإمام المحقق مولانا حميد الدين . أقول : الوجه الثاني من الجواب المذكور وهو قوله لأن الثمن يتوزع البع والبع واضح لا غبار عليه . وأما الوجه الأول منه فشكل لا ينعزل إذ بعد الاعتراف بأن الشراء في المتضمن وهو العشرون يثبت من الوكيل دون الموكل فكيف يتم القول بأن ما في ضمنه وهو العشرة يثبت من الموكل ، ولا شك أن حكم ما في ضمن الشيء يقع حكم ذلك الشيء دائما ، فثبت شراء العشرين من الوكيل نفسه يستلزم ثبوت شراء العشرة التي في ضمنه منه أيضا ، فلا وجه لنفاذ شراء العشرين على الوكيل ، ونفاذ شراء العشرة التي في ضمنه على الموكل كما لا يخفى . فإن قلت : ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما ذكر في النخبة والتممة محالا إلى المتنى ، وهو أنه إذا أمره أن يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة . قال أبو حنيفة : لا يجوز البيع في واحد منهما ، وهنا أيضا حصل مقصود الأمر وزاده خيرا ، ومع ذلك لا ينفذ ما اشتره على الأمر في شيء منهما فكيف نفذ هاتنا شراء العشرة على الموكل . قلت : يحتمل أن الفرق إنما نشأ من حيث أن اللحم من ذوات الأمثال كما اختاره صاحب المحيط لأنه من الموزونات . والأصل في المكيلات والموزونات أن تكون من ذوات الأمثال ، وهي لا تتفاوت في القيمة إذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة ، وكلامنا فيه لأن الكلام فيها إذا كان اللحم مما يباع عشرة أروال منه بدرهم فيحتل كان الوكيل أن يعمل للموكل : أى عشرة شاء ، بخلاف الثوب فإنه من ذوات القيم ، والثوبان وإن كانا متساويين في القيمة ، لكن ذلك إنما يعرف بالخزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلا ينفذ عليه ، وإلى هذا أشار في التتمة فقال : لأنى لا أدري أيهما أعطيه بحسبه من العشرة لأن القيمة لا تعرف إلا

بأن في مسألة الطلاق وقوع الواحدة ضمنى ، وما هو كذلك لا يقع إلا في ضمن ماتضمنه . وما تضمنه لم يصح لعدم الأمر به فكذلك ما في ضمنه ، وأما فيما نحن فيه فكل قصدي لأن أجزاء الثمن تتوزع على أجزاء المبيع فلا يتحقق الضمن في الشراء . وعن الثاني صاحب النهاية يعمل اللحم من ذوات الأمثال ، ولا تفاوت في قيمتها إذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه ، وحينئذ كان الوكيل أن يعمل للموكل أى عشرة شاء ، بخلاف الثوب فإنه من ذوات القيم ، فالثوبان وإن تساوى في القيمة لكن يعرف ذلك بالخزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلا ينفذ عليه ، وإلى هذا أشار في التتمة فقال : لأنى لا أدري أيهما أعطيه بحسبه من العشرة لأن القيمة لا تعرف إلا بالخزر والظن ، وهذا لا يتمشى إلا على طريقة من جعل اللحم مثليا وهو مختار صاحب المحيط ، وأما عنده غيره فلا بد من تعليل آخر ، ولعل ذلك أن يقال اللحم أيضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل إذا كان من جنس واحد مفروض التساوى في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض ، بخلاف الثوب فإن في تفرق الخلط في احتمال التساوى كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورفعة ورمحه ، وأجله كونه حاصلًا

داخله فيه ، بخلاف الطلاق فإنه لا ينفذ على الوكيل لعدم الملك ، ولا على الموكل لعدم الأمر ، والواقعة شرط فيه فيلتأمل .

بمخلاف ما استشهد به ، لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له ، بمخلاف ما إذا اشترى ما يساوى عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالإجماع ، لأن الأمر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الأمر . قال (ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له أن يشترى لنفسه)

بالحرز والظن ، كذا في النهاية . قال صاحب العناية بعد أن ذكر هذا الجواب ونسبه إلى صاحب النهاية : وهذا لا يتمشى لإحدى طريقتين من جعل اللحم مثليا ، وأما غير هذه فلا بد من تحليل آخر ، ولعل ذلك أن يقال اللحم أيضا من ذوات القيم ، لكن التفاوت فيه قليل إذا كان من جنس واحد مفروض التساوى في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض ، بمخلاف الثوب فإن في تطرق الخلط في أحوال التساوى كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورقة ورقعة ، وأجله كونه حاصلًا بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم محمله من يحمل ما هو أقل منه خلاا انتهى كلامه (بمخلاف ما استشهد به) جواب عن تمثيل أبي يوسف المتنازع فيه بما إذا وكله ببيع عبده بألف قباهه بألفين (لأن الزيادة هناك) أي فيما استشهد به (بدل ملك الموكل) ولا يجوز أن يستحقه الوكيل لا بإذن الموكل ولا بتغير إذنه ، ولهذا لو قال بع ثوبي هذا على أن ثمنه لك لا يصح (فتكون له) أي فتكون الزيادة للموكل . قال صاحب العناية : ورد بأن الدرهم ملك الموكل فتكون الزيادة ملكه فلا فرق بينهما حينئذ . والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا . والحاصل أن ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق ، وأقل ذلك أن الألف الزائد لا يفسد بطول المكث ، بمخلاف اللحم ، ويجوز صرفها إلى حاجة أخرى ناجزة وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف انتهى كلامه . أقول : في كل واحد من الرد والجواب شيء فأتأمل (بمخلاف ما إذا اشترى ما يساوى عشرين رطلا بدرهم) متعلق بأصل المسئلة (حيث يصير) أي يصير الوكيل في هذه الصورة (مشتريا لنفسه بالإجماع) لوجود المخالفة (لأن الأمر يتناول السمين ، وهذا) أي ما اشتراه (مهزول فلم يحصل مقصود الأمر) فلم يكن ذلك له (قال) أي القدوري في مختصره (ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له) أي للوكيل (أن يشترى لنفسه) أي لا يجوز ، حتى لو اشتراه لنفسه يقع الشراء للموكل سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه أو صرح به لشراء لنفسه بأن قال اشهدوا أني قد اشتريت لنفسى ، هذا إذا كان الموكل غائبا ، فإن كان حاضرا وصرح الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشتريا لنفسه . كذا في الشروح نقلًا عن التتمة . ووضع المسئلة في العبد في اللخيرة ثم قال : وإنما كان كذلك لأن العبد إذا كان بعينه فشرأه داخل تحت الوكالة من كل وجه ، فحق أني به على موافقة

بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم محمله من يحمل ما هو أقل خلاا (قوله بمخلاف ما استشهد به) جواب عن تمثيل أبي يوسف المتنازع فيه بتوكيل ببيع العبد بألف وبيعه بألفين بأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له . ورد بأن الدرهم ملك الموكل فتكون الزيادة بدل ملكه فلا فرق بينهما حينئذ . والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا . والحاصل أن ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق ، وأقل ذلك أن الألف الزائد لا يفسد بطول المكث بمخلاف اللحم ويجوز صرفها إلى حاجة أخرى ناجزة وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف . وإن كان الثاني كان المشتري الوكيل بالإجماع لوجود المخالفة ، لأن الأمر تناول السمين والمشتري هزيل فلا يحصل مقصود الأمر . قال (ولو وكله بشراء شيء بعينه) ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يصح له أن يشترى بنفسه لأنه يؤدي إلى تغير المسمى لأنه اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولأن فيه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك بعينه الموكل على ما قيل لأنه فسح فقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود ، فإن اشترأ لنفسه والموكل غائب وقع عن الموكل

(قوله والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا) أقول : ذكر المبدل يكون لمنع الزيادة والنقصان ، وذلك هو الأصل لأن المبدل حاصل في ماله على ما عرف في الأصول ، وقد يكون لمنع النقصان وقد يكون لمنع الزيادة إذا دلت قرينة . وفي صورة الوكيل بيع العبد معلوم إن ذكر المبدل لمنع النقصان فقط ، إذ لا يأتي أحد من زيادة في ماله . وفي صورة التوكيل بشراء اللحم لا دليل يدل على اللحم على خلاف الأصل ، إذ الظاهر أن حشرة أرطال تكن في مقصوده وماله وهو نصف درهم يبيع له فيسبل عليه فليتأمل (قوله بمخلاف اللحم) أقول : بخصوص بمثل اللحم ما يصرح إليه الفساد ، ولا يتم ماله كملك من المظنيات ، ثم يجوز أن يبيع بألف وقطعة لحم مثلا فإنه يكون لموكل أيضا .

لأنه يؤدي إلى تقرير الأمر حيث اعتمد عليه ، ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل إلا بمحض من الموكل :

الأمر وقع الشراء للموكل نوى أو لم ينو . قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لأنه أي لأن الشراء لنفسه) يؤدي إلى تقرير الأمر حيث اعتمد عليه) وذلك لا يجوز (ولأن فيه) أي في اشتراؤه لنفسه (عزل نفسه) عن الوكالة (ولا يملكه على ما قيل إلا بمحض من الموكل) لأنه فسح عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود كلها في العناية وغاية البيان . أقول : يرد عليه أن العلم بالعزل في باب الوكالة يحصل بأسباب متعددة : منها حضور صاحبه ، ومنها بحث الكتاب ووصوله إليه ، ومنها إرسال الرسول إليه وتبليغه الرسالة لياه ، ومنها إخبار واحد عدل أو اثنين غير عدلين بالإجماع وإخبار واحد عدل كان أو غيره عند أبي يوسف وعبد محمد وجمعا الله ، وقد صرح بها في عامة المعبرات سببا في البدائع . فاشترط علم الآخر في صحة فسح أحد المتعاقدين العقد القائم بينهما لا يقتضي أن لا يملك الوكيل عزل نفسه إلا بمحض من الموكل ، لأن انتفاء سبب واحد لا يستلزم انتفاء سائر الأسباب فلا يتم التتريب ، اللهم إلا أن يحمل وضع المسئلة على انتفاء سائر أسباب العلم بالعزل أيضا ، لكنه غير ظاهر من عبارات الكتب أصلا ، ويحتمل أن يكون السر في إقصاء المصنف قوله على ما قيل الإجماع إلى ذلك فثامل . وأعلم أن صاحب البدائع قال في بيان هذه المسئلة : الوكيل بشرأ شيء بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه ، وإذا اشترى يقع الشراء للموكل لأن شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة ، وهو لا يملك ذلك إلا بمحض من الموكل ، كما لا يملك الموكل عزله إلا بمحض منه على ما ذكره في موضعه إن شاء الله تعالى . ثم قال في موضعه وهو فصل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة أن الوكيل يخرج من الوكالة بأشياء : منها عزل الموكل لياه ونبيه بأن الوكالة عقد غير لازم فكان محتملا للفسخ بالعزل والتهنى . ولصحة العزل شرطان : أحدهما علم الوكيل بأن العزل فسح فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم بالفسخ ، فإذا عزله وهو حاضر انزل ، وكلما لو كان غائبا فكذب إليه بكتاب العزل قبله الكتاب وعلم ما فيه من العزل لأن الكتاب من الغائب كالخطاب ، وكذلك لو أرسل إليه رسولا فبلغ الرسالة وقال : إن فلانا أرسلني إليك يقول إنني عزلتك عن الوكالة فإنه ينزل كائنا من كان الرسول عدلا كان أو غير عدل حرا كان أو عبدا صغيرا كان أو كبيرا بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا ، لأن الرسول قائم مقام المرسل وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أي صفة كان ، وإن لم يكتب كتابا ولا أرسل إليه رسولا ولكن أخبره بالعزل رجلا عدلا كان أو غير عدلين أو رجلا واحد عدل ينزل في قولهم جميعا سواء صدقة الوكيل أو لم يصدقه إذا ظهر صدق الخبر ، لأن خبر الواحد العدل مقبول في المعاملات ، وإن لم يكن عدلا لمخير العدد أو العدل أولى . وإن أخبره واحد غير عدل ، فإن صدقه ينزل بالإجماع ، وإن كذبه لا ينزل ، وإن ظهر صدق الخبر في قول أبي حنيفة . وعندهما ينزل إذا ظهر صدق الخبر وإن كذبه إلى هنا كلامه . أقول : لا يذهب عليك أن بين كلاميه الملتحورين في الموضعين تدافعا ، فإن ما ذكره في فصل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة صريح في صحة عزل الموكل الوكيل بشرط علم الوكيل سواء عزله بمحض منه أو عزله بعينته منه ، ولكن علم العزل بسبب من أسبابه شيء على ما فصله ، وما ذكره أولا من قوله كما لا يملك الموكل عزله إلا بمحض منه يدل على حصر صحة عزل الموكل الوكيل في صورة إن عزله بمحض منه كما ترى . والعجب أنه أحال الأول على الثاني بقوله على ما ذكره في موضعه . قيل : ما الفرق بين هذه المسئلة وبين الوكيل ينكح امرأة يعينها إنكحها من نفسه بمثل المهر المأمور به فإنه يقع

إلا إذا باشر على وجه الخالفة فلا بد من بيان ما يحصل به الخالفة ، فإذا سمى الخن فاشترى بخلاف جنسه أو لم يسم فاشترى بغير النكاح أو وكل رجلا فاشترى وهو غائب يثبت الملك في هذه الوجوه الوكيل لأنه خالف الأمر فينبط عليه ، أما إذا اشترى بخلاف جنس مسمى فظاهر ، وكذا إذا اشترى بغير النكاح لأن المتعارف نقد البلد فالأمر ينصرف إليه ، وكذا إذا وكل وكبلا لأنه مأمور بأن يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك في حال غيبته . قيل : ما الفرق بين هذا وبين الوكيل ينكح امرأة يعينها إذا أنكحها من نفسه بمثل المهر المأمور به فإنه يقع عن الوكيل لاجن الموكل مع أنه لم يخالف في المهر المأمور به . وأجيب بأن النكاح الموكل

(قال المصنف : ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه) أقول : وما سيجيء من أن العزل المحكي لا يعترف به العلم فلا تعلق له بما نحن فيه ، إلا المراد هناك أن العزل المحكي من الموكل لا يعترف على علم الوكيل (قوله لأن المتعارف نقد البلد) أقول : والمعروف عرفا كالمشروط شرطا .

فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود أو وكل وكيلًا بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الأول في هذه الوجوه لأنه خالف أمر الأمر فينبذ عليه . ولو اشترى الثاني بمحضرة الوكيل الأول نفذ على الموكل الأول لأنه حضره رأيه فلم يكن مخالفا .

على الوكيل لاهل الموكل مع أنه لم يخالف في المهر المأمور به . وأجيب بأن النكاح الموكل به نكاح مضاف إلى الموكل ، فإن الوكيل بالنكاح لابد أن يضيف النكاح إلى موكله فيقول تزوجتك فلان ، والموجود فيها إذا نكحها من نفسه ليس بمضاف إلى الموكل ، فإن النكاح من نفسه هو أن يقول تزوجتك فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل ، بخلاف التوكيل بشراء شيء بعينه فإن الموكل به هنا شراء مطلق يمثل الثمن المأمور به لا شراء مضاف إلى الموكل ، فإذا أتى بذلك يقع على الموكل (فلو كان الثمن مسمى) يعنى لو وكله بالشراء بثمن مسمى (فاشترى بخلاف جنسه) أى بخلاف جنس المسمى بأن سمى دراهم مثلا فاشترى بدنانير (أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود) كالمكيل والموزون (أو وكل) أى الوكيل (وكيلًا بشرائه فاشترى الثاني) أى فاشترى الوكيل الثاني وهو وكيل الوكيل (وهو غائب) أى والحال أن الوكيل الأول غائب (يثبت الملك للوكيل الأول في هذه الوجوه) أى في هذه الوجوه الثلاثة التي ذكرها المصنف تفرعًا على مسألة القدوري : يعنى إما لا يكون الشراء للوكيل فيها وكل بشراء شيء بعينه فاشترى لنفسه إذا لم يوجد أحد هذه الوجوه الثلاثة : أما إذا وجد فيكون الشراء للوكيل الأول (لأنه) أى الوكيل الأول (خالف أمر الآخر) وهو الموكل . أما إذا اشترى بخلاف جنس مسمى فظاهر ، وأما إذا اشترى بغير النقود فلأن المتعارف نقد البلد فالأمر ينصرف إليه ، وأما إذا وكل وكيلًا بشرائه فلأنه مأمور بأن يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك حال غيبته (فنفذ) أى الشراء (عليه) أى على الوكيل الأول (ولو اشترى الثاني) أى الوكيل الثاني (بمحضرة الوكيل الأول نفذ) أى الشراء (على الموكل الأول لأنه حضره رأيه) أى رأى الوكيل الأول (فلم يكن مخالفا) أى لم يكن الوكيل الأول مخالفا لأمر أمره ، وذلك لأنه إذا كان حاضرا يصير كأنه هو المباشر للعقد ، ألا يرى أن الأب إذا زوج ابنته البالغة بشهادة رجل واحد بمحضرتها جاز فيجعل كأنها هي التي باشرت العقد وكان الأب مع ذلك الرجل شاهدين ، كذلك الميسر . قيل : ما الفرق بين الوكيل بالبيع والشراء والنكاح والمخلع والكتابة إذا وكل غيره ففعل الثاني بمحضرة الأول أو فعل ذلك أجني فبلغ الوكيل فأجازه يبرز ، وبين الوكيل بالطلاق والعتاق ؟ فإنه لو وكل غيره فطلق أو أعتق الثاني لا يقع وإن كان بمحضرة الوكيل الأول ، والرواية في التهمة والدخيرة . وأجيب بأن العمل بمحققة الوكالة في التوكيل بالطلاق والعتاق متمم ، لأن التوكيل تفويض الرأى إلى الوكيل ، وتفويض الرأى إلى الوكيل إنما يتحقق فيها محتاج فيه إلى الرأى ، ولا حاجة فيها إذا انفردا عن مال إلى الرأى فجعلنا الوكالة فيهما مجازا عن الرسالة لأنها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل ، فصار المأمور فيهما مأمورا بنقل عبارة الأمر لا بشيء آخر ، وتوكيل الآخر أو الإجازة ليس من النقل في شيء فلم يملكه الوكيل . وأما في البيع والشراء وغيرهما فالعمل

به نكاح مضاف إلى الموكل والموجود منه ليس بمضاف إليه حيث أنكحها من نفسه ، فإن الإنكاح من نفسه هو أن يقول تزوجتك وليس ذلك بمضاف إلى الموكل لامحالة فكانت المخالفة موجودة فوقع عن الوكيل ، وإذا حرف ما به المخالفة فما عداه موافقة مثل أن يشتري بالمسمى من الثمن أو بالنقود فيها إذا لم يسم أو إذا اشترى الوكيل الثاني بمحضرة الوكيل فبنفذ على الموكل لأنه إذا حضره رأيه لم يكن مخالفا . قيل : ما الفرق بين التوكيل بالبيع والشراء أو النكاح والمخلع والكتابة إذا وكل غيره ففعل الثاني بمحضرة الأول أو فعل ذلك أجني فبلغ الوكيل فأجازه جاز وبين التوكيل بالطلاق والعتاق ، فإن الوكيل الثاني إذا طلق أو أعتق بمحضرة الأول لا يقع ، والرواية في الدخيرة والتهمة . وأجيب بأن العمل بمحققة الوكالة فيهما متمم لأن التوكيل تفويض الرأى إلى الوكيل ، وتفويض الرأى إلى الوكيل إنما يتحقق فيها محتاج فيه إلى الرأى ، ولا حاجة فيها إذا انفردا عن مال إلى الرأى فجعلنا مجازا الرسالة لأنها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فكان المأمور مأمورا بنقل عبارة الأمر لا بشيء آخر ، وتوكيل الآخر أو الإجازة ليس من النقل في شيء فلم يملكه الوكيل . وأما في البيع والشراء وغيرهما فالعمل بمحققة الوكالة

قال (وإن وكله بشراء عبد بغير عينه : فاشترى عبدا فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتره بمال الموكل) قال : هذه المسئلة على وجوه : إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للأمر وهو المراد عندى بقوله أو يشتره بمال الموكل دون النقد من ماله لأن فيه تفصيلا وخلافا ، وهذا بالإجماع وهو مطلق .

بحقيقة الوكالة يمكن لأتينا بما يحتاج فيه إلى الرأى ، فاعتبر المأمور وكيلا والمأمور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره أو بإجازته (قال) أى القدورى فى مختصره (وإن وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتره بمال الموكل) إلى هنا لفظ القدورى (قال) أى المصنف (هذه المسئلة على وجوه : إن أضاف) أى الوكيل (العقد إلى دراهم الآمر كان للأمر) هذا هو الوجه الأول من وجوه هذه المسئلة . وقال المصنف (وهو المراد عندى بقوله أو يشتره بمال الموكل دون النقد من ماله) يعنى أن المراد بقول القدورى أو يشتره بمال الموكل هو الإضافة عند العقد إلى دراهم الموكل دون النقد من مال الموكل بغير إضافة إليه (لأن فيه) أى لأن فى النقد من مال الموكل (تفصيلا) فإنه بعد أن يشتره بدينار مطلق ، إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء للموكل ، وإن نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل (وخلافا) فإنه إذا تصادقا على أنه لم تحضر النية وقت الشراء فعلى قول محمد العقد للوكيل ، وعلى قول أبى يوسف يحكم النقد على ما سيجىء (وهذا بالإجماع) أى لو أضاف العقد إلى دراهم الأمر يقع له بالإجماع (وهو مطلق) أى قوله أو يشتره بمال الموكل مطلق لا تفصيل فيه فيحمل على الإضافة إلى مال الموكل ، كذا قال جمهور الشراح فى شرح هذا المقام . أقول : فيه نظر لأنهم حملوا التفصيل المذكور فى قول المصنف لأن فيه تفصيلا ، على أنه إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له ، وإن كان من دراهم الوكيل كان الشراء له ، وليس بصحيح لأن ذلك تفصيل للنقد المطلق لا للنقد من مال الموكل كما لا يخفى ، وما يصلح لترجيح كون المراد بقول القدورى أو يشتره بمال الموكل الإضافة إلى دراهم الموكل دون النقد من ماله إنما هو وقوع التفصيل فى النقد من مال الموكل لاقوعه فى النقد المطلق ، إذ لا أساس له بكلام القدورى ، فإن المذكور فيه مال الموكل دون مطلق المال . ثم إن صاحب العناية قد سلك المسلك المذكور فى شرح هذا المقام وزاد إخلالا حيث قال بعد أن ذكر وجوه هذه المسئلة : وإذا علمت هذه الوجوه ظهر لك أن فى النقد من مال الموكل تفصيلا إذا اشترى بدينار مطلق ولم ينو لنفسه ، إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له ، وإن نقد من دراهم الوكيل كان له ، وإن نواه للموكل لا معتبر بالنقد انتهى . فإن قوله ولم ينو لنفسه قيد مقسد هاهنا ، لأنه إذا لم ينو لنفسه ، فإن نوى للموكل لا يعتبر النقد أصلا كما صرح به ، فلا يصح التفصيل الذى ذكره بقوله إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له ، وإن نقد من دراهم الوكيل كان له ، وإن لم ينو للموكل أيضا كان له صدق ذلك التفصيل على قول أبى يوسف رحمه الله فقط ، إذ على قول محمد يكون العقد حينئذ للوكيل كما سيجىء ، فكان ما ذكره صاحب العناية مناسبا لشرح قول المصنف وخلافا لشرح قوله تفصيلا . وأيضاً أنه بعد ما صرح أن التفصيل إنما هو فى النقد من مال الموكل حيث قال ظهر لك أن فى النقد من مال الموكل تفصيلا كيف يتيسر له بيان ذلك التفسير فى النقد المطلق بأن قال إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له ، وإن نقد من دراهم الوكيل كان له . والحاصل أن الركائز فى تقرير صاحب العناية أنفى . وأقول : الحق فى هذا المقام أن المصنف أراد بالتفصيل فى قوله لأن فيه تفصيلا وخلافا صوري التكاذب والتوافق ، وبالحال الخلاف الواقع فى صوري التوافق ، فالغنى أن فى النقد من مال الموكل تفصيلا ، فإنه إذا نقد من ماله فإذا تكاذبا فى النية يحكم النقد

بممكن لأنها يحتاج فيها إلى الرأى ، فاعتبر المأمور وكيلا والمأمور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره أو بإجازته . قال (وإن وكله بشراء عبد بغير عينه الخ وإذا وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتره بمال الموكل ، وقوله وهذا محتمل يجوز أن يكون مراده النقد من مال الموكل ، وأن تكون الإضافة إليه عند العقد وهو المراد عند المصنف ، وذلك لأن هذه المسئلة على وجوه ، لأنه إما أن يضيف العقد إلى مال الموكل أو إلى مال نفسه أو إلى دراهم مطلق ، فإن كان الأول كان للأمر حلحال الوكيل على ما يميل له شرعا ، إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر

وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه حلا لحاله على مايجل له شرعا أو يفعله عادة

بالإجماع ، وإن توافقا على أنه لم تحضره النية فعند محمد هو للعائد ، وعند أبي يوسف يحكم النقد أيضا ، وخلافا فإنه إذا نقد من ماله وتوافقا على عدم النية لأحدهما ، فعند محمد هو للعائد ، وعند أبي يوسف يحكم النقد ، بخلاف الإضافة إلى دراهم الأمر فإنه لا تفصيل ولا خلاف فيها ، فكان حل كلام القدوري عليها أولى . ثم أقول : بقى لنا بحث فيها ذهب إليه المصنف هاهنا ، وهو أن فيه إخلالا بأصل المسئلة ، فإن صورة إن أضاف العقد إلى دراهم مطلقة وتكادها في النية لا تكون داخلة حينئذ في شيء من قسمي الاستثناء المذكور في كلام القدوري ، فيلزم أن يكون العقد في تلك الصورة للوكيل البتة بموجب ما بقى في الكلام بعد الاستثناء مع أنه يحكم النقد فيها بالإجماع ، فبقيا نقد من مال الموكل يصير العقد له قطعاً ، وإن صورة إن أضاف العقد إلى دراهم مطلقة وتوافقا على أنه لم تحضره النية لا تكون داخلة أيضا حينئذ في شيء من قسمي الاستثناء المذكور ، فيلزم أن يكون العقد فيها أيضا للوكيل بموجب ما بقى بعد الاستثناء مع أن فيها خلافا كما سيأتي ، فيلزم حل كلام القدوري على ما فيه الخلاف ولم يقبله المصنف . وبالمسئلة قد هرب المصنف في حل كلام القدوري هاهنا عن ورطة ووقع في ورطة أخرى مثل الأولى بل أشد منها لما قاله في ٩ ولعل صاحب الكافي تقطن لذلك حيث زاد الاستثناء في وضع المسئلة فقال : ولو وكله بشراء عبد بغير عينه فاشتري عبدا فهو للوكيل إلا أن يقول تويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل أو ينقد من ماله ، وقال : فهذه المسئلة حل وجوه : إن أضاف العقد إلى دراهم الأمر كان للأمر وهو المراد بقوله أو يشتريه من مال الموكل إلى آخره (وإن أضافه إلى دراهم نفسه) أي إن أضاف الوكيل العقد إلى دراهم نفسه (كان) أي العقد لنفسه) هذا هو الوجه الثاني من وجوه هذه المسئلة (حلاله) أي حال الوكيل (على مايجل له شرعا) تعليل لقوله إن أضاف العقد إلى دراهم الأمر كان للأمر : يعني أنه إذا أضاف العقد إلى دراهم الأمر ينبغي أن يقع للأمر ، لأنه لو لم يقع للأمر لكان واقعا للوكيل ، فلو وقع له كان غاصبا لدراهم الأمر ، وهو لايجل شرعا . كذا قال صاحب النهاية وعليه حاشية الشراح . أقول : فيه نظر ، لأن الغصب إنما يلزم لو نقد من دراهم الأمر ، وأما إذا أضاف إلى دراهم الأمر ولكن لم ينقد من دراهمه بل نقد من دراهم نفسه فلا يلزم الغصب قطعاً . وجواب مسئلة الإضافة إلى دراهم الأمر متحد في صورتين نص عليه في اللخيرة ونقل عنها في النهاية فلا يتم التقريب (أو يفعله عادة) عطف على قوله يجل له شرعا وتعليل لقوله وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه : يعني أن العادة جرت بأن الشراء إذا كان مضافا إلى دراهم معينة يقع لصاحب الدراهم فلما أضاف العقد هاهنا إلى دراهم نفسه وقع له حلالا لغيره على وفق العادة في النهاية وعليه العامة . قال تاج الشريعة بعد أن جرى في شرح كلام المصنف هاهنا على الطريقة المذكورة : وهي توزيع التعليل المزبور على المسئلتين ، ويجوز أن يكون التعليلان للمسئلة الأولى ، والحكم في المسئلة الثانية يثبت بطريق الدلالة ، لأنه كما لايجل له أن يشتري لنفسه ويضيف العقد إلى دراهم غيره شرعا فكذا لايجل له أن يشتري لغيره ويضيفه إلى دراهم نفسه . وأما العادة

شرعا وعرفا لكونه غصبا لدراهم الأمر ، وإن كان الثاني كان للمأمور حلا لفعله على مايفعله الناس عادة بخرياتها بوقوع الشراء لصاحب الدراهم ، ويجوز أن يكون قوله حلالا لحاله على مايجل له شرعا أو يفعله عادة . دليلا على الوجه الأول ، والثاني يعلم بالدلالة ، فإنه كما لايجل له أن يشتري لنفسه ويضيف العقد إلى غيره شرعا فكذا لايجل له أن يشتري لغيره ويضيفه إلى دراهم نفسه والعادة مشتركة لأصالة ، والأول أولى لأن الأول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا ، وإن كان الثالث

(قوله لكونه غصبا الخ) أقول : قوله لكونه غصبا الخ ممنوع وإنما يكون غصبا إذا نقد وليس يلزم (قوله بوقوع الشراء لصاحب الدراهم) أقول : قوله لصاحب متعلق بقوله بوقوع (قوله ويجوز أن يكون قوله حلا الخ) أقول : حتى لاينزاع الفصل بكلام أجنبى هو قوله أوفيه على بين المثل وهو قوله على مايجل له شرعا وتعليله وهو قوله إذ الشراء لنفسه الخ (قوله ويضيف اثنين إلى غيره الخ) أقول : الظاهر في العبارة ويضيف إلى دراهم غيره (قوله والأول أولى لأن الأول يصير غاصبا دون الثاني) أقول : فيكون الأول معنويا .

إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا . وإن أضافه إلى دراهم مطلقة . فإن نواها للأمر فهو للأمر ، وإن نواها لنفسه فلنفسه لأن له أن يعمل لنفسه ويعمل للأمر في هذا التوكيل ، وإن تكاذبا في النية يحكم النقد بالإجماع لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا ، وإن توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله : هو للعقد لأن الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت . وعند أبي يوسف رحمه الله : يحكم النقد لأن ما أوقعه مطلقا يحتمل الوجهين

فجارية على أنه لا يشتري لغيره ويضيفه إلى دراهم نفسه ، وكلذا على العكس انتهى . وقال صاحب العناية بعد أن سلك الطريقة المذكورة : ويجوز أن يكون قوله حلالا على ما يميل له شرعا أو يفعله عادة دليلا على الوجه الأول ، والثاني يعلم بالدلالة ، فإنه كما لا يميل له أن يشتري لنفسه ويضيف العقد إلى دراهم غيره شرعا فكذا لا يميل له أن يشتري لغيره ويضيفه إلى دراهم نفسه والعادة مشتركة للمحاللة . ثم قال : والأول أولى لأن بالأول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا انتهى . أقول : إن قول المصنف (إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا) ينادى بأعلى الصوت على أن التعليل المزبور بشقيه معا لوجه الأول كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة ، فالأولى أن يعمل مجموع قوله حلالا على ما يميل له شرعا أو يفعله عادة دليلا على الوجه الأول ، ويكتفى في العلم بالوجه الثاني بدلالة شقه الثاني : أعني قوله أو يفعله عادة على ذلك . والإنصاف أن في تحرير المصنف هنا تعقيدا واضطرابا كما ترى ، ولهذا غير الشراح في حله الوافي وشرحه الكافي (وإن أضافه) أي العقد (إلى دراهم مطلقة) هذا هو الوجه الثالث من وجوه هذه المسئلة ، وفيه تفصيل أشار إليه بقوله (فإن نواها) أي الدرهم المطلقة (للأمر فهو) أي العقد (للأمر ، وإن نواها لنفسه فلنفسه) أي فالعقد لنفسه (لأن له أن يعمل لنفسه ويعمل للأمر في هذا التوكيل) أي في التوكيل بشراء عبد بغير حية فكانت نيته معتبرة . أقول : لقائل أن يقول : إذا نواها لنفسه ولكن نقد من دراهم الأمر ينبغي أن يكون العقد للأمر لئلا يلزم المحذور الذي ذكره فها إذا أضاف العقد إلى دراهم الأمر من كونه غاصبا لدراهم الأمر . فإن قلت : الغصب في صورة الإضافة إلى دراهم الأمر في ضمن نفس العقد فيقبل العقد بطلانه ، وأما في الصورة المذكورة في النقد من دراهم الأمر وهو خارج عن نفس العقد فلا يلزم من بطلانه بطلان العقد فأقررت الصورتان . قلت : الغصب إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة ، ولا شك أن هذا لا يتحقق في نفس الإضافة إلى دراهم الأمر بل يتحقق في النقد من دراهمه فهو لم يوجد في ضمن نفس العقد في شيء من الصورتين المذكورتين ، بل إنما وجد في النقد من دراهم الأمر وهو خارج عن نفس العقد في تينك الصورتين معا فلا يتم الفرق تدبر (وإن تكاذبا) أي الوكيل والموكل (في النية) فقال الوكيل نويت لنفسى وقال الموكل نويت لي (يحكم النقد بالإجماع) فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له (لأنه) أي النقد (دلالة ظاهرة على ما ذكرناه) من محل حاله على ما يميل له شرعا أو يفعله عادة (وإن توافقا على أنه لم تحضره النية) ففيه اختلاف بين أبي يوسف ومحمد (قال محمد : هو) أي العقد (للعقد لأن الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه) يعني أن الأصل أن يعمل كل أحد لنفسه (إلا إذا ثبت جعله ، أي جعل العمل لغيره) بالإضافة إلى ماله أو بالنية له (ولم يثبت) أي والفرس أنه لم يثبت (وعند أبي يوسف يحكم النقد لأن ما أوقعه مطلقا) أي من غير تعيين بنتجه (يحتمل الوجهين) وهما أن يكون العقد للأمر وأن يكون

فأما إن نواها للأمر فهي له ، أو لنفسه فلنفسه لأن له أن يعمل لنفسه ولغيره في هذا التوكيل لأنه توكيل لشئ بغير حية وإن اختلفا فقال الوكيل نويت لنفسى وقال الموكل نويت لي حكم النقد بالإجماع فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له لأنه دلالة

(قال المصنف : لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرناه) أقول : قوله على ما ذكرناه حال لاصلة الدلالة ، وأراد بقوله ما ذكرناه قوله حلالا على ما يميل له شرعا أو يفعله عادة انتهى (قال المصنف : وإن توافقا على أنه لم تحضره النية) أقول : هاتان آيتان آخران ، أحدهما أن يقول الوكيل لم تحضره النية فقال الموكل بل نويت له ، والثاني عكس هذا (قال المصنف : قال محمد هو للعقد) أقول : لابد من فرق بين صورتى التكاذب والتصادق وهو ظاهر فإن النية متقدمة على الإجمالة ، ولولا ذلك كلام من ادعى النية لم ينقله من دراهمه .

فَيُبَيِّنُ مَوْقُوفًا ، فَمِنْ أَيْ الْمَالِئِينَ نَقْدٌ فَقَدْ فَعَلَ ذَلِكَ الْمُحْتَمَلُ لِمُصَاحِبِهِ وَلَأنَّ مَعَ تَصَادُقِهِمَا يَحْتَمَلُ النِّتَاءَ لِلآخَرِ ، وَفِيهَا قَلْنَا حُلَّ حَالِهِ عَلَى الصَّلَاحِ كَمَا فِي حَالَةِ التَّكَادُبِ .

لِنَفْسِهِ (فَيُبَيِّنُ مَوْقُوفًا ، فَمِنْ أَيْ الْمَالِئِينَ نَقْدٌ فَقَدْ فَعَلَ ذَلِكَ الْمُحْتَمَلُ لِمُصَاحِبِهِ) فَتَعَيَّنَ أَحَدُ الْمُحْتَمَلَيْنِ (وَلَأنَّ مَعَ تَصَادُقِهِمَا) عَلَى أَنَّهُ لَمْ تَحْضُرْهُ النِّتَاءُ (يَحْتَمَلُ النِّتَاءَ لِلآخَرِ) بِأَنَّهُ نَوَى لَهُ نَوْسِيهِ (وَفِيهَا قَلْنَا) أَيْ فِي تَحْكِيمِ النَقْدِ (حُلَّ حَالِهِ) أَيْ حَالِ الْوَكِيلِ (عَلَى الصَّلَاحِ) وَهُوَ أَنَّهُ لَا يَكُونُ غَاصِبًا عَلَى تَقْدِيرِ النَقْدِ مِنْ مَالِ الْآخَرِ (كَأَيَّ حَالَةِ التَّكَادُبِ) بَقِيَ الْكَلَامُ فِي هَذِهِ الْمَسْئَلَةِ وَهُوَ أَنَّ الْإِضَافَةَ إِلَى أَيْ نَقْدٌ كَانَ يَنْبَغِي أَنْ لَا تَقْدِرَ شَيْئًا لَأنَّ النِّقْدَ لَا تَعَيَّنُ بِالْتَّعَيَّنِ . وَأَجِيبُ عَنْ ذَلِكَ بِأَنَّا لَا نَقُولُ إِنَّ الشِّرَاءَ بِتِلْكَ الدَّرَاهِمِ يَتَعَيَّنُ ، وَإِنَّمَا نَقُولُ الْوَكَالَاتُ تَقْدِيرٌ بِمَا عَلَى مَا سَيَجِيءُ مِنْ أَنَّ النِّقْدَ لَا تَعَيَّنُ فِي الْوَكَالَاتِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ هَلَكْتَ قَبْلَ الشِّرَاءِ بِهَا بَطَلَتْ الْوَكَالَاتُ ، وَإِذَا تَقَدَّيْتُ بِهَا لَمْ يَكُنْ الشِّرَاءُ بِغَيْرِهَا مِنْ مَوْجِبَاتِ الْوَكَالَاتِ ، كَذَا فِي الْعُنَايَةِ وَعَلَيْهِ جَهْرُ الشَّرَاحِ ، وَمَا خُذَهُ الْمُبَسُّوطُ . أَقُولُ : فِي الْجَوَابِ بَحْثٌ وَهُوَ أَنَّ النِّقْدَ لَا تَعَيَّنُ فِي الْوَكَالَاتِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ بِالْإِجْمَاعِ ، وَكَذَا بَعْدَهُ عِنْدَ حَامَةِ الْمَشَايِخِ ، وَإِنَّمَا تَعَيَّنَ بَعْدَهُ عِنْدَ بَعْضِهِمْ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ، صَرَّحَ بِهِ فِي عَامَةِ الْمُتَعَبِّرَاتِ ، وَسَيُظْهِرُ لَكَ فِيَا سَيَجِيءُ عَنْ قَرِيبٍ . وَجَوَابُ مَسْئَلَةِ الْإِضَافَةِ إِلَى دَرَاهِمِ الْآخَرِ إِلَى دَرَاهِمِ نَفْسِهِ غَيْرُ مُقِيدٍ بِكَوْنِ الْإِضَافَةِ بَعْدَ التَّسْلِيمِ وَغَيْرُ مُخَصَّصٍ بِقَوْلِ أَيْ حَنِيفَةَ بَلْ هُوَ مُطْلَقٌ ، وَبِالْإِجْمَاعِ كَمَا تَقَرَّرَ فِيَا مَرَّةً فَكَيْفَ يُمْكِنُ إِجْعَالُ مَدَارِهِ مَا هُوَ الْمُقِيدُ وَخُتْلَفٌ فِيهِ ؟ وَكَانَ الْإِمَامُ الْزَيْلِيُّ تَنْبِيهُ لِهَذَا حَيْثُ قَالَ فِي شَرْحِ الْكَزْزِيِّ فِي تَعْلِيلِ مَسْئَلَةِ الْإِضَافَةِ إِلَى ثَمَنٍ مَعِينٍ : لِأَنَّ الثَّمَنَ وَإِنْ كَانَ لَا يَتَعَيَّنُ لَكِنْ فِيهِ شَبْهَةُ التَّعَيَّنِ مِنْ حَيْثُ سَلَامَةُ الْمُبِيعِ بِهِ ، وَقَدْ تَعَيَّنَ قَدْرُهُ وَوَصَفُهُ وَلِهَذَا لَا يَطْبِيعُ لَهُ الرِّبْحُ إِذَا اشْتَرَى بِالْأُكُوفِ الْمَغْصُوبَةِ أَنْتَهَى . لَكِنَّهُ لَمْ يَأْتِ أَيْضًا بِمَا يَشْنِي الْغَلِيلُ هَاهُنَا كَمَا تَرَى . ثُمَّ أَقُولُ : الْأَوَّلَى فِي الْجَوَابِ أَنَّ يَقَالُ : لَيْسَ الْعِلَّةُ فِي كَوْنِ الْعَقْدِ لِمَنْ أَضْمَرَهُ إِلَى دَرَاهِمِهِ تَعَيَّنَ النِّقْدَ بِالْتَّعَيَّنِ بَلْ حُلَّ حَالِهِ عَلَى مَا يَحِلُّ لَمْ يَشْرَاهُ أَوْ يَفْعَلْهُ عَادَةً كَمَا مَرَّ بَيْنَنَا وَمَشْرُوحًا ، فَلَا ضَيْرَ لِعَدَمِ تَعَيَّنِ النِّقْدَ بِالْتَّعَيَّنِ فِي مِثْلِنَا هَذِهِ ، وَقَدْ أَشَارَ إِلَيْهِ صَاحِبُ الْكَافِي حَيْثُ قَالَ : وَاللَّهِ دَرَاهِمُ وَلَنْ تَعَيَّنَ لَكِنْ الظَّاهِرُ أَنَّ الْمُسْلِمَ لَا يُضَيِّفُ شِرَاءَ شَيْءٍ لِنَفْسِهِ إِلَى دَرَاهِمِ الْغَيْرِ لِأَنَّهُ مُسْتَكْرَرٌ

ظَاهِرَةٌ عَلَى ذَلِكَ لِمَا مَرَّ مِنْ حُلِّ حَالِهِ عَلَى مَا يَحِلُّ لَمْ يَشْرَاهُ ، وَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى أَنَّهُ لَمْ تَحْضُرْهُ النِّتَاءُ قَالَ مُحَمَّدٌ : هُوَ لِلْعَاقِلِ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنْ يَعْمَلَ كُلُّ أَحَدٍ لِنَفْسِهِ إِلَّا إِذَا ثَبِتَ جَعْلُهُ لْغَيْرِهِ بِالْإِضَافَةِ إِلَى مَالِهِ أَوْ يَأْتِيهِ لَهُ وَالْقَرَضُ عَنْهُ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : يَحْكُمُ النَقْدُ لِأَنَّ مَا أَوْقَعَهُ مُطْلَقًا يَحْتَمَلُ الْوُجُوهَ ، أَنْ يَكُونَ لَهُ وَلِغَيْرِهِ فَيَكُونُ مَوْقُوفًا ، فَمِنْ أَيْ الْمَالِئِينَ نَقْدٌ تَعَيَّنَ بِهِ أَحَدُ الْمُحْتَمَلَيْنِ وَلَأنَّ مَعَ تَصَادُقِهِمَا يَحْتَمَلُ أَنَّهُ كَانَ نَوَى لِلآخَرِ نَوْسِيهِ (قَوْلُهُ وَفِيهَا قَلْنَا) بِمَعْنَى تَحْكِيمِ النَقْدِ (حُلَّ حَالِهِ عَلَى الصَّلَاحِ) لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ النَقْدُ مِنْ مَالِ الْوَكِيلِ وَالشِّرَاءُ لَمْ يَكُنْ غَاصِبًا كَمَا فِي حَالَةِ التَّكَادُبِ ، وَإِذَا حُلِمَتْ هَذِهِ الْوُجُوهُ ظَهَرَ لَكَ أَنَّ فِي النَقْدِ مِنْ مَالِ الْوَكِيلِ تَفْصِيلًا إِذَا اشْتَرَى بِدَرَاهِمٍ مُطْلَقَةٍ وَلَمْ يَنْوِ لِنَفْسِهِ ، إِنْ نَقْدَ مِنْ دَرَاهِمِ الْوَكِيلِ كَانَ الشِّرَاءُ لَهُ ، وَإِنْ نَقْدَ مِنْ دَرَاهِمِ الْوَكِيلِ كَانَ لَهُ ، وَإِنْ نَوَاهُ لِلْمُكَلِّ فَلَا مَحْزَرٍ بِالْتَّقْدِيرِ وَخِلَافًا فِيَا إِذَا تَصَادَقَا عَلَى أَنَّهُ لَمْ تَحْضُرْهُ النِّتَاءُ وَقَدْ شَرَاهُ أَنَّهُ يَقَعُ لِلْوَكِيلِ أَوْ يَحْكُمُ النَقْدُ ، وَفِي الْإِضَافَةِ إِلَى مَالِ الْوَكِيلِ يَقَعُ بِالْإِجْمَاعِ وَهُوَ مُطْلَقٌ لَا تَفْصِيلَ فِيهِ فَكَانَ حُلُّ كَلَامِ التَّقْدِيرِ أَوْ يَشْتَرِي بِهِ بِمَالِ الْوَكِيلِ عَلَى الْإِضَافَةِ أَوَّلَى ، وَلِهَذَا قَالَ الْمُصَنِّفُ : وَهُوَ الْمَرَادُ عِنْدِي . بَقِيَ الْكَلَامُ فِي أَنَّ الْإِضَافَةَ إِلَى أَيْ نَقْدٌ كَانَ ؟ يَنْبَغِي أَنْ لَا تَقْدِرَ شَيْئًا لَأنَّ النِّقْدَ لَا تَعَيَّنُ بِالْتَّعَيَّنِ ؟ وَأَجِيبُ عَنْ ذَلِكَ بِأَنَّا لَا نَقُولُ إِنَّ الشِّرَاءَ بِتِلْكَ الدَّرَاهِمِ يَتَعَيَّنُ ، وَإِنَّمَا نَقُولُ الْوَكَالَاتُ تَقْدِيرٌ بِمَا عَلَى مَا سَيَجِيءُ مِنْ أَنَّهَا تَعَيَّنُ فِي الْوَكَالَاتِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ هَلَكْتَ قَبْلَ الشِّرَاءِ بِهَا بَطَلَتْ الْوَكَالَاتُ ، وَإِذَا تَقَدَّيْتُ بِهَا لَمْ يَكُنْ الشِّرَاءُ بِغَيْرِهَا مِنْ مَوْجِبَاتِ الْوَكَالَاتِ

(قَوْلُهُ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ النَقْدُ مِنْ مَالِ الْوَكِيلِ وَالشِّرَاءُ لَهُ) أَقُولُ : أَيْ لِلْوَكِيلِ (قَوْلُهُ وَخِلَافًا فِيَا إِذَا تَصَادَقَا) أَقُولُ : مَحْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ تَفْصِيلًا إِذَا اشْتَرَى الْبَيْعَ (قَوْلُهُ وَأَجِيبُ عَنْ ذَلِكَ بِأَنَّا لَا نَقُولُ إِنَّ الشِّرَاءَ بِتِلْكَ الدَّرَاهِمِ يَتَعَيَّنُ) أَقُولُ : بِمَعْنَى تَحْكِيمِ النَقْدِ هِيَ مُسَمَّعَةُ الْبَيْتِ (قَوْلُهُ وَإِنَّمَا نَقُولُ الْوَكَالَاتُ تَقْدِيرٌ بِمَا عَلَى مَا سَيَجِيءُ مِنْ أَنَّهَا تَعَيَّنُ فِي الْوَكَالَاتِ) أَقُولُ : وَلَا يَلْزَمُ مِنْ تَعَيُّنِهَا فِي الْوَكَالَاتِ تَعَيُّنُهَا فِي الشِّرَاءِ (قَوْلُهُ وَإِذَا تَقَدَّيْتُ بِهَا لَمْ يَكُنْ الشِّرَاءُ الْبَيْعَ) أَقُولُ : الظَّاهِرُ أَنَّ يَقَالُ وَإِذَا تَقَدَّيْتُ بِهَا فُإِذَا أَضَافَ الشِّرَاءَ إِلَيْهَا تَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ بِمَوْجِبِ الْوَكَالَاتِ فَتَقْدِرُ .

والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه . قال (ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف فقال قد فعلت ومات عندى وقال الأمر اشتريته لنفسك فالقول قول الأمر ، فإن كان دفع إليه الألف فالقول قول المأمور) لأن في الوجه الأول أخبر عما لا يملك استثنائه وهو الرجوع بالثمن على الأمر وهو ينكر والقول للمنكر .

شرعا وعرفا انتهى . قال المصنف (والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه) المذكورة في التوكيل بالشراء وفاقا وخلافًا ، وإنما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض مشايخنا : فإثم قالوا في مسألة الشراء إذا تصادقا أنه لم تحضره النية فالمعقد للوكيل إجماعا ولا يحكم التقيد . وإنما الخلاف بين أبي يوسف وعمر بن عبد الله في مسألة التوكيل بالإسلام وهم فرقوا بين مسألة الشراء والسلم على قول أبي يوسف بأن للمعقد أثرًا في تنفيذ السلم ، فإن الفارقة بلا نقد تبطل السلم ، فإذا جهل من له العقد يستبان بالنقد ، وليس الشراء كذلك فكان العقد للمعقد عملاً بقضية الأصل . كذا في الشروح . وفرق أبو يوسف بين هذا وبين المأمور بالحج عن الغير إذا أطلق النية عند الإحرام فإنه يكون عاقدًا لنفسه فإن الحج عبادة والمبادات لا تنأى إلا بالنية فكان مأمورا بأن ينوي الحج عن المصروع عنه ولم يفعل فصار مخالفاً لمعقده . وأما في العلامات فالنية ليست بشرط فلا يصير بترك النية عن الأمر مخالفاً فينبى حكم عقده موقوفًا على التقيد كذا في باب الوكالة بالسلم من بيع الميسر (قال) أى محمد في إجماع الصغير (ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف فقال) أى المأمور (قد فعلت ومات عندى وقال الأمر اشتريته لنفسك فالقول قول الأمر ، فإن كان) أى الأمر (دفع إليه) أى إلى المأمور (الألف فالقول قول المأمور لأن في الوجه الأول) وهو ما إذا لم يكن الثمن مقدودا إلى المأمور (أخبر) أى المأمور (عما لا يملك استثنائه) أى استثنائه سببه (وهو الرجوع بالثمن على الأمر) فإن سبب الرجوع على الأمر هو العقد وهو لا يقدر على استثنائه لأن العبد ميت إذ الكلام فيه ، والميت ليس بمحمل للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندى لإرادة الرجوع على الأمر (وهو) أى الأمر (ينكر) ذلك (والقول للمنكر) فقول المصنف لا يملك استثنائه معناه لا يملك استثنائه سببه على طريق إجازة بالحلف ، والضمير المرفوع

(قوله والتوكيل بالإسلام على هذه الوجوه) وإنما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض مشايخنا ، فإثم قالوا في مسألة الشراء إذا تصادقا أنه لم تحضره النية فالمعقد للوكيل إجماعا ولا يحكم التقيد ، وإنما الخلاف بين أبي يوسف وعمر بن عبد الله في مسألة التوكيل بالإسلام ، وهذا القائل فرق بين مسألة الشراء والسلم على قول أبي يوسف بأن للمعقد أثرًا في تنفيذ السلم ، فإن الفارقة بلا نقد تبطل السلم ، فإذا جهل من له العقد يستبان بالنقد وليس الشراء كذلك فكان العقد للمعقد عملاً بقضية الأصل . قال (ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف الخ) ومن وكل رجلا بشراء عبد بألف فقال قد فعلت وأنكره الموكل ، فإذا أن يكون التوكيل بشراء عبد معين أو غيره ، والأول سيجيء ، والثاني إما أن يكون العبد ميتا عند الاختلاف أو حيا . وعلى كل من التقديرين فإذا أن يكون الثمن مقدودا أو غيره ، فإن كان ميتا والثمن غير مقدود فالقول للأمر لأن المأمور أخبر عما لا يملك استثنائه سببه وهو الرجوع بالثمن على الأمر ، فإن سبب الرجوع على الأمر هو العقد وهو لا يقدر على استثنائه ، لأن العبد ميت وهو ليس بمحمل للعقد ، فكان قول الوكيل فعلت ومات عندى لإرادة الرجوع على الموكل وهو منكر فالقول قوله ، فقوله (لا يملك استثنائه) معناه استثنائه سببه فهو عجز بالحلف ، وقوله (وهو) راجع

(قوله نفيا لقول بعض مشايخنا الخ) أقول : أنت غير بأن نقول ذلك البعض إنما يحصل ببيان الخلاف في مسألة الشراء في صورة التصادق أنه لم تحضره النية ، إلا أن يقال مراده تأكيد ذلك النفي حيث جهل مسألة الشراء مشيا بها فليأتى (قال المصنف : أخبر عما لا يملك استثنائه) أقول : قال صدر التريمة : أخبر بأمر لا يملك استثنائه انتهى يدل على إياه وهو الأول (قال المصنف : وهو الرجوع بالثمن) أقول : أى الإخبار المذكور أسند إليه الرجوع إسنادا مجازيا أو راجع إلى ما لا يملك ، وللرأى بالرجوع بالثمن سببه أمر العقد أو يقدّر المضاف في قوله استثنائه ، أى استثنائه سببه (قوله لأن المأمور أخبر عما لا يملك استثنائه سببه وهو الرجوع بالثمن) أقول : الظاهر إرجاع ضمير هو إلى الإخبار المذكور في ضمن أخبر ، وجعل إسناد الرجوع إليه من قبيل الإسناد المجازي فلا يلزم حينئذ ارتكاب الحلف بلا قرينة ظاهرة ولا إجازة في جعل الرجوع ضمرا عنه هكذا قيل ، وأنت غير بأن ذلك ليس أولى منه حتى يقال لا يلزم الخ .

وفي الوجه الثاني هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله . ولو كان العبد حيا حين اختلافه ، إن كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لأنه أمين ، وإن لم يكن منقودا فذلك عند أبي يوسف ومحمد رحمه الله لأنه يملك استئناف الشراء فلا يثم في الإخبار عنه . وعن أبي حنيفة رحمه الله : القول للآمر لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه ، فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الأمر ، بخلاف ما إذا كان الثمن منقودا لأنه أمين فيه فيقبل قوله تبعاً لذلك ولا ثمن في يده هاهنا ،

في قوله وهو الرجوع بالثمن راجع إلى مائة في عما لا يملك استئنافه ، وهذا هو الوجه الأحسن في حل عبارة المصنف هنا ، وإليه ذهب صاحب العناية . وقيل : إنما قال وهو الرجوع ولم يقل وهو العقد لأن مقصود الوكيل من ذكر العقد الرجوع بالثمن على الأمر لا العقد لأجل الأمر ، فترك الوساطة وهي العقد وصرح بالمقصود وهو الرجوع فكان ذكراً للمسبب وإيراداً للسبب ، وجاز هذا لأن الرجوع بالثمن على الأمر مخصص بالشراء لأجل الأمر ، وإلى هذا التوجيه ذهب أكثر الشراح . قال في الكفاية بعد ذكر هذا : وفي بعض النسخ لا يملك استئنافه ، وهو بهذا يريد الرجوع بالثمن على الأمر ، وهذا ظاهر انتهى (وفي الوجه الثاني) وهو ما إذا كان الثمن منقودا إلى المأمور (هو) أي المأمور (أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله) قال صدر الشريعة في شرح الوقاية : علل في إذا لم يدفع الثمن بأن الوكيل أخبر بأمر لا يملك استئنافه ، وفيها إذا دفع بأن الوكيل أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة . أقول : كل واحد من التعليلين شامل للصورتين فلم يتم به الفرق ، بل لابد من انضمام أمر آخر ، وهو أن فيما إذا لم يدفع الثمن يدعي الثمن على الأمر وهو ينكره فالقول للمنكر ، وفيها إذا دفع الثمن يدعي الأمر الثمن على المأمور فالقول للمنكر ، إلى هنا كلامه . أقول : ليس الأمر كما زعمه ، بل كل واحد من التعليلين مخصوص بصورته . أما الأول فلأن كون المصنف فيه وهو الرجوع بالثمن على الأمر وهو ينكر ، والقول للمنكر لا يشمل الصورة الثانية إذ الثمن فيها مقبوض للوكيل فلا يريد الرجوع به على الأمر قطعا ، وقد ليس هذا القائل في تعليله حيث ذكر أول التعليل الأول وتركه آخره الفارق بين الصورتين . والعجب أنه ضم إلى ما ذكره ما هو في معنى ما تركه . وأما الثاني فلأن الثمن ليس بمقبوض الوكيل في الصورة الأولى فلا يصح أن يقال فيها إنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله كما لا يخفى (ولو كان العبد حيا حين اختلافه) فقال المأمور اشترته لك ، وقال الأمر بل اشترته لنفسك (إن كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لأنه أمين) يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله كما مر (وإن لم يكن) أي الثمن (منقودا فذلك) أي فالقول للمأمور أيضا (عند أبي يوسف ومحمد لأنه يملك استئناف الشراء) للآمر إذ العبد حيا والحق على الشراء فيملك أن يشتريه في الحال لأجل الأمر (فلا يثم في الإخبار عنه) أي عن الشراء لأجل الأمر . فإن قيل : إن وقع الشراء أولا للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل حتى يملك استئنافه ؟ أجيب بأن تملك استئناف الشراء دائر مع التصور فيمكن أن يتفاسخ الوكيل بالشراء مع بقاءه ثم يشتريه لأجل الموكل . كذا في الشروح (وعند أبي حنيفة القول قول الأمر ؛ لأنه) أي لأن الإخبار عن الشراء لأجل الأمر (موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه) أي بأن اشترى الوكيل العبد لنفسه (فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الأمر) أي أراد أن يلزمها الأمر (بخلاف ما إذا كان الثمن منقودا ، لأنه) أي الوكيل (أمين فيه) أي في هذا الثمن أو في هذا الوجه (فيقبل قوله تبعاً لذلك) أي للخروج عن عهدة الأمانة ، وكمن من شيء يثبت تبعاً ولا يثبت قصدا (ولا ثمن في يده هاهنا) أي لا ثمن في يد الوكيل فيما إذا كان العبد حيا

إلى مائة في عما ، وإن كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله ، وإن كان حيا حين اختلافه ، فإن كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لأنه أمين ، وإن لم يكن منقودا فذلك عند أبي يوسف ومحمد لأنه يملك استئناف الشراء لكون الحبل قابلا فلا يثم في الإخبار عنه . فإن قيل : إن وقع الشراء للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل ؟ أجيب بأن تملك استئناف الشراء دائر مع التصور . ويمكن أن يتفاسخ الوكيل العقد مع بقاءه ثم يشتريه للموكل . وعند أبي حنيفة القول للآمر لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه ، فإذا رأى الصفقة خاسرة أراد أن يلزمها الأمر ، بخلاف ما إذا كان الثمن منقودا لأنه أمين فيه فيقبل قوله تبعاً لذلك : أي للخروج من عهدة الأمانة (ولا ثمن في يده هاهنا) يعني فما نحن فيه حتى يكون

وإن كان أمره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حتى فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقوداً أو غير منقود ، وهذا بالإجماع لأنه أخيراً مما يملك استثنائه ، ولا تهمة فيه لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراؤه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على مامر ، بخلاف غير المعين على ما ذكرناه لأبي حنيفة رحمه الله .

والثمن غير منقود حتى يكون أمينا فيقبل قوله تبعاً للخروج عن عهدة الأمانة فالقار (وإن كان أمره بشراء عبد بعينه) يعني إن كان التوكيل بشراء عبد بعينه (ثم اختلفا والعبد حتى) أي والحال أن العبد حتى (فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقوداً أو غير منقود ، وهذا بالإجماع) أي هذا الوجه من وجوه هذه المسئلة بالإجماع بين أئمتنا الثلاثة (لأنه) أي المأمور (أخيراً مما يملك استثنائه في الحال ولا تهمة فيه) أي في إخباره عن ذلك (لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراؤه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته) أي في حال غيبة الموكل ، قيد به ، إذ في حال حضرة الموكل يملك شراؤه لنفسه لأنه يملك عزل نفسه حال حضرته (على ما مر) أشار به إلى قوله ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قبل إلا بمحض من الموكل (بخلاف غير المعين) أي بخلاف ما إذا كان التوكيل بشراء عبد بغير عينه فاختلفاً (على ما ذكرناه لأبي حنيفة) يعني ما ذكره فيما مر آتفاً من جانب أبي حنيفة وهو قوله لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه ، فإذا رأى الصفة خاسرة أزمها الأمر . أقول : لقائل أن يقول : التهمة متحققة في صورة المعين أيضاً بأن اشتراه لنفسه لكن لآل وجه الموافقة للأمر بل على وجه المخالفة له ، كان اشتراه بخلاف جنس الثمن المسمى أو بغير النقود أو وكل وكيلاً بشراؤه فاشتراه الثاني بغير الأول ، ثم لما رأى الصفة خاسرة قال للأمر اشتريته لك بمثل الثمن المسمى والوكيل بشراء شيء بعينه فإنه لا يملك شراؤه لنفسه على وجه الموافقة للأمر . وأما على وجه المخالفة له بأحد الوجوه الثلاثة المذكورة فيملكه قطعاً على ما مر في عمله ، لما الدافع لهذه التهمة على قول أبي حنيفة ؟ ثم أقول في الجواب عنه : إن

الوكيل أمينا فيقبل قوله تبعاً للخروج عن عهدة الأمانة (وإن كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حتى فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقوداً أو لا بالإجماع) لأنه أخيراً مما يملك استثنائه (ويريد بذلك الرجوع على الأمر وهو منكر فالقول قوله . أما عندهما فلا تهمة يملك استثنائه ، وأما عند أبي حنيفة فلا تهمة فيه لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراؤه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل على مامر أن شراه ما وكل به بمثل ذلك الثمن عزل نفسه وهو لا يملكه حال غيبته ، بخلاف حضوره فإنه لو فعل ذلك جاز ووقع المشتري له ، بخلاف ما إذا كان العبد غير معين فإن فيه التهمة المذكورة من جانب أبي حنيفة ، وإن كان العبد هالكا والثمن منقوداً فالقول للمأمور لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة ، وإن كان غير منقود فالقول للأمر .

(قوله وإن كان التوكيل بشراء عبد الخ) أقول : هذا هو الموعود بقوله والأول سيجيء (قوله وأما عند أبي حنيفة فلا تهمة فيه الخ) أقول : أشار بتوزيع التوكيل إلى دفع ما يمتنع به هنا من أن الأصل في الثلاثة الإقرار ، وهذا لا يلزم من أصل أبي حنيفة فإن الأب إذا أمر على الصغير أو الصغير بالتكاح لم يصح إلا ببينة عند أبي حنيفة ، وكذا وكيل الزوج أو الزوجة ودول العبد إذا أمر بالتكاح لم يصح الإقرار إلا ببينة عند أبي حنيفة بخلافنا لصاحبه ، مع أن للمريء ملك استثناف المقتد . قال الإقناني في جوابه : لأنسلم أنه يملك استثناف المقتد مطلقاً بل يملكه مقيداً بغيره . وفي قوله لأنسلم أنه يملك استثناف المقتد مطلقاً بل يملكه مقيداً بحث ، فإن تحقق الاستثناف دائر مع التصور كما ذكرنا . ثم قال الإقناني : وقول بعض الشارحين إن قوله يملك استثنافه وقع على قولهما وقوله لا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة بعيد من التصديق لأن المبروح دليل لأبي حنيفة رحمه الله تعالى لا قوله ولا تهمة فيه وحده انتهى . وأقول : إن لم يوجد في مواد النقض تهمة فالتنقض متوجع أيضاً ، وإن وجبت فلا حاجة لنفع السؤال إلى التوزيع (قوله لأن التوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراؤه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل) أقول : لم لا يجوز أن يشتري الوكيل بالتوكيل بمثل ذلك الثمن وهو مخالفة أيضاً كما سبق (قوله وإن كان غير منقود فالقول للأمر) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا تصادق على الشراء أو أهبته الوكيل ينبغي أن يلزم الأمر لما ذكره أبو حنيفة من الدليل فيما إذا كان حياً فليقبل ، فإن الظاهر أن مراد الأمر من قوله اشتريته لنفسك أنك خالفني ، إلا أن الظاهر من حال المسلم أن يفي وحده ولا يغيره . والقول قول من يملكه بالظاهر ، والقول بأن الظاهر لا يثبت الاستثناف مشترك الإزام .

(ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم أنكر أن يكون فلان أمره ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك فلان فلانا يأخذه) لأن قوله السابق إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار اللاحق .

احتمال أن اشتراه لنفسه شبهة ، وبعد ذلك احتمال أن اشتراه لنفسه على وجه المخالفة لاهل وجه الموافقة شبهة شبهة ، وقد تقررت عندنا أن الشبهة تعتبر وشبهة الشبهة لا تعتبر ، والهمة في صورة غير المعين نفس الشبهة وفي صورة المعين شبهة شبهة ، فاعتبرت في الأولى ولم تعتبر في الثانية . قال صاحب النهاية والكفاية : فإن قيل الولي إذا أقر بتزويج الصغيرة لا يقبل عند أبي حنيفة رحمه الله مع أنه يملك استئناف النكاح في الحال . قلنا : قوله يملك استئنافه وقع على قولهما ، وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة فكان في هذه المسئلة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج ، فلما لم يكن قوله يملك استئنافه على قول أبي حنيفة لم يرد الإشكال على قوله . أو نقول : لو كان في تزويج الصغيرة إخبار عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده أيضا ، فكان ذلك إنشاء للنكاح ابتداء فلا يرد الإشكال لما أنه إنما لا يقبل هناك إقرار بتزويج الصغيرة عند عدم الشاهدين لأنه لا يتصور إنشاؤه شرعا لعدم الشهود فكان لا يملك استئنافه فاطرد الجواب عنده في المستثنين انتهى كلامهما . وقال صاحب غاية البيان : فإن قلت : الأصل في الدلائل الاطراد ، وهذا لا يطرد على أصل أبي حنيفة لأن الأب إذا أقر على الصغير والصغيرة للنكاح لم يصح الإقرار إلا ببينة ، وكذا وكيل الزوج والزوجة ومولى العبد إذا أقر بالنكاح لا يصح إلا ببينة عند أبي حنيفة خلافا لصاحبيه مع أن المقر يملك استئناف العقد ؟ قلت : لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملك مقيدا بحال حضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الإقرار فلم يكن إنشاء بلا شهود ، وهذا هو الجواب الثاني . وقول بعض الشارحين : إن قوله يملك استئنافه وقع على قولهما ، وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة بعيد عن التحقيق لأن المجموع دليل أبي حنيفة لا قوله ولا تهمة فيه وحده انتهى كلامه . ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال : وفي قوله لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحث ، فإن تملك الاستئناف دائر مع التصور كما ذكرنا انتهى . أقول : هذا سافط جدا لأن مرادهم بالدوران مع التصور الإمكان الشرعي ، وما لم يحضر الشهود لم يمكن إنشاء النكاح شرعا . وقد أفصح عنه صاحب النهاية والكفاية حيث قال : لأنه لا يتصور إنشاء شرعا لعدم الشهود . وأفصح عنه صاحب الغاية أيضا حيث قال : ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الإقرار فلم يكن إنشاء بلا شهود ، فكان تملك الاستئناف دائرا مع التصور لا يتقدم أصلا في قول صاحب الغاية . لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحال حضرة الشهود . ثم اعلم أن هذه المسئلة على ثمانية أوجه كما صرح به في الكافي وغيره ، لأنه إما أن يكون التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغير عينه ، وكل ذلك على وجهين : إما أن يكون الثمن مقدودا أو غير مقدود . وكل ذلك على وجهين : إما أن يكون العبد حيا حين اختلاف أو هالكا . وقد ذكر ستة أوجه منها في الكتاب مدلا ومفصلا كما عرفت فبق منها وجهان ، وهما أن يكون التوكيل بشراء عبد بعينه ، ويكون العبد هالكا والثمن مقدودا أو غير مقدود ، وقد ذكرهما مع دليلهما صاحب العناية حيث قال في تقسيم التوكيل بشراء عبد بعينه : وإن كان العبد هالكا والثمن مقدودا فالقول للمأمور لأنه أمين يريد أن يزوج عن عهدة الأمانة ، وإن كان غير مقدود فالقول للآمر لأنه أخير عما لا يملك استئنافه ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول له انتهى . أقول : دليل الوجه الأخير منها محل إشكال ، فإن الأمر وإن كان منكرا لا يشترط المأمور للآمر لكنه معترف بأشترائه لنفسه حيث قال للمأمور بل اشتريته لنفسك . وقد تقررت أن التوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك اشتراؤه لنفسه بمثل ذلك الثمن بل يقع الشراء للموكل البتة فينبغي أن لا يكون لإنكار الأمر شراء المأمور حكم في هذا الوجه أيضا فتأمل (ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان) أي لأجل فلان (فباعه ثم أنكر) أي المشتري (أن يكون فلان أمره) ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك فلان فلانا يأخذه) يعني أن لفلان ولاية أخذه من المشتري ، وهذه المسئلة من مسائل الجناح الصغير . قال المصنف في تعليلها (لأن قوله السابق) أي قول المشتري السابق وهو قوله لفلان (إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار اللاحق) لأن

قال (ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان الخ) رجل قال لآخر بعني هذا العبد لفلان : يعني لأجله فباعه منه ، فلما طلبه منه

(فإن قال فلان لم أمره لم يكن له) لأن الإقرار يرتدّ برده (إلا أن يسلمه المشتري له فيكون بيعا عنه وعليه العهدة) لأنه صار مشتريا بالتعاطي ، كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له ، ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن ، وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعبر في الباب .

الإقرار بالشئ لا يبطل بالإنكار اللاحق . فإن قيل : قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل أن يكون معناه لشفاعة فلان كما قال محمد في كتاب الشفعة : لو أن أجنبيا طلب من الشفيع تسليم الشفعة فقال الشفيع سلمتها لك بطلت الشفعة استحسانا كأنه قال سلمت هذه الشفعة لأجلك . قلنا : اللام للملك والاحتياط المذكور خلاف الظاهر لا يصار إليه بلا قرينة ، وسؤال التسليم من الأجنبي قرينة في مسألة الشفعة ، ولهذا لو قال الشفيع ذلك بغير سبق سؤال التسليم لا ينعض التسليم وليست القرينة بموجودة فيما نحن فيه . وكذا في القوائد الظهيرية وذكر في الشروح (فإن قال فلان لم أمره بملك) ثم بدا له أن يأخذه (لم يكن له) أي لم يكن له على العبد سبيل (لأن الإقرار) أي إقرار المشتري (ارتدّ برده) أي برده فلان ، فإذا عاد إلى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لأنه عادين انتفى الإقرار فلم يصح تصديقه (إلا أن يسلمه المشتري له) روى لفظ المشتري بروايتين بكسر الراء وفتحها فعل الكسر يكون المشتري فاعلا ، وقوله له : أي لأجله ويكون المفعول الثاني محذوفا وهو إليه ، فالملعى : إلا أن يسلم المفعول العبد الذي أشره لأجل فلان إليه . وحل الفتح يكون المشتري له مفعولا ثانيا بدون حرف الجر وهو فلان ، ويكون القاعل مضمرا يعود إلى المشتري ، فالملعى : إلا أن يسلم المفعول العبد إلى المشتري له وهو فلان . ثم إن هذا الاستثناء من قوله لم يكن له : أي لم يكن لفلان إلا في صورة التسليم إليه ، وإنما ذكر صورة التسليم إليه لأن فلانا لو قال أجزت بعد قوله لم أمره به لم يجز ذلك ، بل يكون العبد للمشتري لأن الإجازة تلحق الموقوف دون الخلق ، وهذا عقد جائز نافذ على المشتري . وكذا ذكره محبس الأئمة السرخسي في شرح الجامع الصغير (فيكون بيعا عنه) أي فيكون تسليم العبد بيعا مبتدأ (وعليه العهدة) أي وحل فلان عهدة الأخذ بتسليم الثمن ، وكذا سفسر شيخ الإسلام البردوي وفخر الدين قاضيهجان ، وبطل عليه قوله (لأنه صار مشتريا بالتعاطي) كما لا يخفى (كمن اشترى لغيره) أي كالمفعول الذي اشترى لغيره (بغير أمره حتى لزمه) أي لزم العقد المشتري (ثم سلمه المشتري له) حيث كان بيعا بالتعاطي . قال فخر الإسلام وغيره في شروح الجامع الصغير : ولبت بهذا أن بيع التعاطي كما يكون بأخذ وإعطاء فقد يتعقد بالتسليم على جهة البيع والمليك ، وإن كان أخذا بلا إعطاء لمادة الناس وثبت به أن النفيس الأموال والخسيس في بيع التعاطي سواء ، وأشار المصنف إلى ما قاله هؤلاء الشراح بقوله (ودلت المسئلة) أي دلت هذه المسئلة (على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن وهو) أي البيع بالتعاطي (يتحقق في النفيس والخسيس) أي نفيس الأموال وخسيسها (لاستتمام التراضي) أي لاستتمام التراضي في كل واحد منهما (وهو المعبر في الباب) أي التراضي

فلان أي أن يكون فلان أمره بذلك فإن فلان ولاية أخذه ، لأن قوله السابق : يعني قوله لفلان إقرار منه بالوكالة عنه ، والإقرار بالشئ لا يبطل بالإنكار اللاحق فلا ينفعه الإنكار اللاحق . فإن قيل : قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل أن يكون لشفاعة كالأجنبي طلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك : أي لأجل شفاعتك . قلنا : خلاف الظاهر لا يصار إليه بلا قرينة ، وسؤال التسليم من الأجنبي قرينة في الشفعة وليس القرينة بموجودة فيما نحن فيه (وإن قال فلان لم أمره أنا ثم بدا له أن يأخذه لم يكن له أن يأخذه لأن الإقرار ارتدّ بالرد إلا أن يسلمه المشتري له) أي إلا أن يسلمه المشتري له العبد المشتري لأجله إليه ، ويجوز أن يكون معناه إلا أن يسلم فلانا العبد المشتري لأجله ، وفاعل يسلم ضمير يعود إلى المشتري بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها (فيكون بيعا وعليه العهدة) أي على فلان عهدة الأخذ بتسليم الثمن لأنه صار مشتريا بالتعاطي

(قوله إلا أن يسلم المشتري له) أقول : قوله له متعلق بالمشتري أي للمشتري لأجل فلان(قوله ويجوز أن يكون معناه إلا أن يسلم فلانا العبد المشتري لأجله) أقول : التفسير في قوله لأجله راجع إلى قوله فلانا (قوله بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها) أقول : قال الإقفاف

قال (ومن أمر رجلا أن يشتري له عبيدين بأعيانهما ولم يسم له ثمنًا فاشتري له أحدهما جاز) لأن التوكيل مطلق، وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع (إلا فيما لا يتباين الناس فيه) لأنه توكيل بالشراء، وهذا كله بالإجماع (ولو أمره بأن يشتريهما بألف وقيمتها سواء؛ فعند أبي حنيفة رحمه الله إن اشترى أحدهما بخمسةائة أو أقل جاز، وإن اشترى بأكثر لم يلزم الأمر) لأنه قابل الألف بهما وقيمتها سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة،

هو المعبر في باب البيع لقوله تعالى - إلا أن تكون تجارة عن تراض - فلما وجد الراضى في النفيس والخسيس انعقد البيع بالتعاطي فيها خلافا لما يقوله الكرخي إن البيع بالتعاطي لا ينقذ إلا في الأشياء الخسيسة، وقد مر ذلك في أول كتاب البيوع (قال) أي عمده رحمه الله في الجامع الصغير (ومن أمر رجلا أن يشتري له عبيدين بأعيانهما ولم يسم له ثمنًا فاشتري له أحدهما جاز لأن التوكيل مطلق) يعني أن التوكيل مطلق عن قيد اشترى اتها متفرقين أو مجتمعين فيجرى على إطلاقه (وقد لا يتفق الجمع بينهما) أي بين العبيدين (في البيع) فوجب أن ينقذ كل الموكل (إلا فيما لا يتباين الناس فيه) استثناء من قوله جاز: أي جاز اشتراء أحدهما إلا فيما لا يتباين الناس فيه فإنه لا يجوز فيه (لأنه) أي لأن التوكيل المذكور (توكيل بالشراء) وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالإجماع، بخلاف التوكيل بالبيع فإن أبا حنيفة يجوز البيع من الوكيل بالغبن الفاحش (وهذا كله بالإجماع) أي ماذكر في هذه المسئلة كله بالإجماع، وهو احتراز عما ذكرناه من التوكيل بالبيع وعن التوكيل بشراء العبيدين بأعيانهما، وقد سمي له ثمنهما وهي المسئلة الثانية (ولو أمره بأن يشتريهما بألف أي لو أمر رجلا بأن يشتري العبيدين بألف وقيمتها سواء) أي والحال أن قيمتهما سواء (فعند أبي حنيفة إن اشترى أحدهما بخمسةائة أو أقل جاز) أي جاز الشراء ويقع من الموكل (وإن اشترى بأكثر) قللت الزيادة أو كثرت (لم يلزم الأمر) بل يقع عن الوكيل (لأنه) أي الأمر (قابل الألف بهما) أي بالعبيدين (وقيمتها سواء فيقسم) أي الألف (بينهما نصفين دلالة) أي من حيث الدلالة ويعمل بها عند عدم التصريح

كالقضولي إذا اشترى لشخص ثم سلمه المشتري لأجله. ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لوجود الراضى الذى هو ركن في باب البيع. قال (ومن أمر رجلا أن يشتري له عبيدين بأعيانها الخ) ومن أمر رجلا أن يشتري له عبيدين بأعيانها (لم يسم ثمنًا فاشتري أحدهما جاز لأن التوكيل مطلق) عن قيد شرائها متفرقين أو مجتمعين (فقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع) أي الشراء (إلا فيما لا يتباين) استثناء من قوله جاز: أي جاز شراء أحدهما إلا فيما لا يتباين الناس فيه، فإنه لا يجوز لأنه توكيل بالشراء وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالإجماع، بخلاف التوكيل بالبيع فإن أبا حنيفة يجوز البيع بغبن فاحش. ولو أمره أن يشتريهما بألف وقيمتها سواء. فعند أبي حنيفة إن اشترى أحدهما بخمسةائة أو بأقل جاز، وإن اشترى بأكثر لم يلزم الأمر لأنه قابل الألف بهما وقيمتها سواء، وكل ما كان كذلك يقسم بينهما نصفين لوقوع الأمر بذلك دلالة فكان أمرا بشراء كل واحد بخمسةائة، ثم الشراء بذلك موافقة وأقل منهما مخالفة إلى غير، وبالإضافة مخالفة إلى شر قليلة كانت أو كثيرة، فلا يجوز إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن ينقضها استحسانا. والقياس أن لا يلزم الأمر إذا اشترى أحدهما بأزيد من خمسةائة، وإن قللت الزيادة واشترى الباقي بما بقي من الألف قبل الاختصاص

والكاكي في فريجهما: والمشتري بكسر الراء وهو الظاهر من كلام عمده وإن كان الفتح وجه على معنى إلا أن يسلم المشتري العبد إلى المشتري له التمس. وهذا هو الوجه لتعين المفعول بلا واسطة للقولية على ما صرح به النجاشي (قوله لوجود الراضى الذى هو ركن في باب البيع) أقول: أي هو شرط وسواء ركتنا مجازا (قال المصنف: ومن أمر رجلا بأن يشتري له عبيدين بأعيانها) أقول: من قبيل قوله تعالى - فقد صفت قلويكا - فإن صيغة الجمع استعملت في المثنى مجازا (قال المصنف: فاشتري أحدهما جاز) أقول: أي بطل القيمة أو بما يتباين فيه الناس بقريئة الاستثناء (قوله فقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع أي الشراء) أقول: لاساغة إلى إخراج كلام المصنف عن ظاهره بتفسير البيع بالشراء، بل يجوز إبقاء البيع في كلام المصنف على حاله كما لا يخفى.

فكان أمراً بشراء كل واحد منهما بمجمعة ثم الشراء بها موافقة بأقل منها مخالفة إلى خير وبالزيادة إلى شر قلَّت الزيادة أو كُثرت فلا يجوز (إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصبا استحساناً) لأن شراء الأول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدین بالألف وما ثبت الانقسام إلا دلالة والصريح يفوقها (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الألف ما يشتري بمثله الباقي جاز) لأن التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ، ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها الباقي ليتمكن تحصيل غرض الأمر .

(فكان أمراً بشراء كل واحد منهما بمجمعة ، ثم الشراء بها) أي بمجمعة (موافقة) لأمر الأمر (وبأقل منها) أي بالشراء بأقل من خمسة (مخالفة إلى خير) فيجوز (وبالزيادة إلى شر) أي الشراء بالزيادة مخالفة إلى شر (قلَّت الزيادة أو كُثرت فلا يجوز) قال الفقيه أبو الليث في شرح إجماع الصغير : احتمل أن المسئلة لا اختلاف فيها لأن أبا حنيفة إنما قال لم يجز شراؤه على الأمر إذا زاد زيادة لا يتغابن الناس في مثلها . وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالوا في الذي يتغابن الناس في مثله إنه يلزم الأمر ، فإذا حملت على هذا الوجه لا يكون في المسئلة اختلاف ، واحتمل أن المسئلة فيها اختلاف في قول أبي حنيفة إذا زاد على خمسة قليلاً أو كثيراً لا يجوز على الأمر ، وفي قولهما يجوز إذا كانت الزيادة قليلة انتهى كلامه . وقال شيخ الإسلام : إن بعض مشايخنا قالوا : ليس في المسئلة اختلاف في الحقيقة ، فإن قول أبي حنيفة محمول على ما إذا كانت الزيادة كثيرة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها ، فأما إذا كانت قليلة بحيث يتغابن الناس في مثلها يجوز عندهم جميعاً لأنه لا نسبية في حق هذا الواحد ، فهو كما لو وكله بشراء عبده ولم يسم شيئاً فاشتراه بأكثر من قيمته بما يتغابن الناس في مثله جاز كذا ها هنا . ثم قال : والظاهر أن المسئلة على الاختلاف ، فإنه أطلق الجواب على قول أبي حنيفة وفصله على قولهما انتهى . والمصنف اختار ما ذهب إليه شيخ الإسلام حيث قال : وبالزيادة إلى شر قلَّت الزيادة أو كُثرت فلا يجوز (إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصبا) فيجوز حينئذ ويلزم الأمر (استحساناً) قيد به لأن جواب القياس أن لا يلزم الأمر لثبوت المخالفة ، وبه أخذ مالك والشافعي وأحمد . وجه الاستحسان ما ذكره بقوله (لأن شراء الأول قائم) يعني أن شراء العبد الأول قائم لم يتغير حاله بالخصوص (وقد حصل غرضه المصرح به) أي وقد حصل عند اشتراء الباقي غرض الأول الذي صرح به (وهو تحصيل العبدین بألف وما ثبت الانقسام) أي لم يثبت (إلا دلالة والصريح يفوقها) أي يفوق الدلالة : يعني أن الانقسام بالسوية إنما كان ثابتاً بطريق الدلالة ، وإذا جاء الصريح وأمكن العمل به بطلت الدلالة (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الألف ما يشتري بمثله الباقي جاز) ولزم الأمر (لأن التوكيل مطلق) أي غير مقيد بمجمعة (لكنه يتقيد بالمتعارف وهو) أي المتعارف (فما قلنا) أي فيما يتغابن الناس فيه (ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها الباقي) من العبدین (ليتمكن) أي ليتمكن المأمور (تحصيل غرض الأمر) وهو تحملك

لثبوت المخالفة . ووجه الاستحسان أن شراء الأول قائم ، فإذا اشترى الباقي حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدین بألف والانقسام بالسوية كان ثابتاً بطريق الدلالة ، وإذا جاء الصريح وأمكن العمل به بطل الدلالة . وقال أبو يوسف ومحمد : إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الألف ما يشتري بمثله الباقي جاز لأن التوكيل وإن حصل مطلقاً لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا يتغابن فيه الناس ، لكن لا بد أن يبقى من الألف ما يشتري بمثلها الباقي

(قال المصنف : لأن شراء الأول قائم) أقول : في الكافي : فإن قيل الخلاف قد تحقق والشراء لا يعرف فكيف يكون كله الموكل ؟ قلنا : العمل بالصريح أول من العمل بالدلالة والموكل صريح بالعبدين بألف ، وإنما حملنا بالدلالة إذا لم يمارضها الصريح ، فإذا جاء الصريح بطل العمل بها انتهى . فلا تعتبر مخالفة الدلالة إذا حصل موافقة الصريح فيكون من قبيل التبيين (قوله لأن التوكيل ، إلى قوله : بالمتعارف) أقول : في تقريره قصور .

قال (ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها هذا العبد فاشتره جاز) لأن في تعيين المبيع تعيين البائع ، ولو عين البائع يجوز على ما ذكره إن شاء الله تعالى . قال (وإن أمره أن يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتره فأت في يده قبل أن يقبضه الأمرات من مال المشتري ، وإن قبضه الأمر فهو له) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله (وقالوا : هو لازم للأمر إذا قبضه المأمور) وعلى هذا إذا أمره أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه . لما أن الدرهم والدنانير لا يتعنيان في المعاضات ديناً كانت أو عيناً ، ألا يرى أنه لو تبايعا عبداً بدين ثم تصادقا أن لادين لا يطل العقد فصار الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الأمر لأن يد الوكيل تكيده .

العبدان معا (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن له على آخر ألف درهم فأمره) أي الآخر (بأن يشتري بها) أي بتلك الألف (هذا العبد) يعني العبد المعين (فاشتره جاز) ولزم الأمر قبضه أو مات قبله عند المأمور (لأن في تعيين المبيع تعيين البائع ، ولو عين البائع يجوز على ما ذكره إن شاء الله تعالى) يشير إلى ما سلكه بقوله بخلاف ما إذا عين البائع الخ (وإن أمره أن يشتري بها) أي بالألف التي عليه (عبدا بغير عينه فاشتره فأت في يده) أي فأت العبد في يد المشتري (قبل أن يقبضه الأمر مات من مال المشتري) فالألف عليه (وإن قبضه الأمر فهو) أي العبد (له) أي للأمر (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (هو) أي العبد (لازم للأمر إذا قبضه المأمور) سواء قبضه الأمر أو مات في يد المأمور . قال المصنف (وعلى هذا) أي على هذا التفصيل (إذا أمره) أي إذا أمر من عليه الدين (أن يسلم ما عليه) أي يعقد عقد السلم (أو يصرف ما عليه) أي أو يعقد عقد الصرف فإن عين المسلم إليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق ، وإلا فعل الاختلاف . قال الشراح : وإنما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم أن التوكيل فيهما لا يجوز لأشراط القبض في المجلس . أقول : فيه نظر ، إذ قد سبق في أوائل هذا الفصل مسألة جواز التوكيل بعقد الصرف والسلم مدلة ومفصلة مع التعرض لأحوال القبض مستوفى ، فكيف يتوهم بعد ذلك عدم جواز التوكيل فيهما ، وهل يليق بشأن المصنف دفع مثل ذلك التوهم . فالخلق عندي أن تخصيصهما بالذكر إنما هو لإزالة ما يتردد في ذهن من أن التفصيل المذكور هل هو جار بعينه في باقي السلم والصرف أيضاً أم لا ، بناء على أنهما شأنان خصوصاً في بعض الأحكام ، فقله هذا على نيج قوله فيما مر في آخر مسألة التوكيل بشراء شيء بغير عينه ، والتوكيل في الإسلام بالطعام على هذه الوجوه (لهما) أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله (أن الدرهم والدنانير لا يتعنيان في المعاضات ديناً كانت أو عيناً) يعني سواء كانت الدرهم والدنانير ديناً ثابتاً في الذمة أو عيناً غير ثابتة في الذمة ، ونور ذلك بقوله (ألا يرى أنه لو تبايعا عبداً بدين ثم تصادقا أن لادين لا يطل العقد) ويجب مثل الدين وكل ما لا يتعنيان بالتعيين كان الإطلاق والتقييد فيه سواء (فصار الإطلاق) بأن قال بألف ولم يقضه إلى ما عليه (والتقييد) بأن أضافه إلى ما عليه (فيه) أي في العقد المزبور (سواء فيصح التوكيل ويلزم الأمر) أي ويلزم العقد الأمر ، وصار كما لو قال تصديق بمالي عليك على المساكين فإنه يجوز

قال (ومن له على آخر ألف الخ) ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها عبداً معينا صح على الأمر ولزمه قبضه وإن مات قبله عند المأمور ، لأن في تعيين المبيع تعيين البائع ، ولو عين البائع جاز كما سنده ، فكذا إذا عين المبيع بالاتفاق ، وإن أمره أن يشتري بها عبداً بغير عينه فاشتره ، فإن قبضه الأمر فهو له كذلك ، وإن مات في يد الوكيل قبل أن يقبضه الأمر مات من مال الوكيل عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : هو لازم للأمر إذا قبضه المأمور ، وعلى هذا الخلاف إذا أمر من عليه الدين أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه ، فإن عين المسلم إليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق ، وإلا فعل الاختلاف ، وإنما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم أن التوكيل فيهما لا يجوز لأشراط القبض في المجلس (لما أن الدرهم والدنانير لا يتعنيان في المعاضات ديناً كان أو عيناً ، ألا ترى أنهما لو تبايعا عبداً بدين ثم تصادقا أن لادين لا يطل العقد)

(قوله) وإنما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم الخ (أقول : فيه تأمل .

ولأبي حنيفة رحمه الله أنها تتعين في الوكالات ؛ ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة ،

(ولأبي حنيفة رحمه الله أنها) أى الدرهم والدنانير (تتعين في الوكالات) قال صاحب النهاية : لكن هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم إلى الوكيل . وأما قبل التسليم إليه فلا تتعين في الوكالات أيضا بالإجماع لأنه ذكر في الذخيرة . وقال : قال محمد في الزيادات : رجل قال لغيره اشترى لي هذه الألف درهم جارية وأراه الدرهم فلم يسلمها إلى الوكيل حتى سرقت الدرهم ، ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم لزم الموكل . ثم قال : والأصل أن الدرهم والدنانير لا يتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف ، لأن الوكالات وسيلة إلى الشراء فتعتبر بنفس الشراء ، والدرهم والدنانير لا يتعينان في الشراء قبل التسليم فكلما فيها هو وسيلة إلى الشراء . وأما بعد التسليم إلى الوكيل هل تتعين ؟ اختلف المشايخ فيه . بعضهم قال : تتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها لما ذكرنا أن الوكالة وسيلة إلى الشراء والدرهم والدنانير يتعينان في الشراء بعد التسليم ، فكلما فيها هو وسيلة إليه ، ولأن يد الوكيل يد أمانة ، والدرهم والدنانير يتعينان في الأمانات ، وعاسمهم على أنها لا تتعين . وفائدة النقذ والتسليم على قول عامة المشايخ شيان : أحدهما يؤقت بقاء الوكيل بقاء الدرهم المتقودة ، فإن العرف الظاهر فيها بين الناس أن الموكل إذا دفع الدرهم إلى الوكيل يريد شراءه حال قيام الدرهم في يد الوكيل . والثاني قطع رجوع الوكيل على الموكل فيها وجب للوكيل على الموكل ، وهذا لأن شراء الوكيل يوجب دينين ، ديناً للبائع على الوكيل ، وديناً للوكيل على الموكل ، إلى هنا لفظ النهاية . وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية بنوع إجمال : ولقاتل أن يقول : فعل هذا في كلام المصنف نظر ، لأنه أثبت قول أبي حنيفة بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبي حنيفة بماتى سنة . والجواب أن المصنف لم يتعرض بأن ذلك قول بعض المشايخ ، فعمل اعتياده في ذلك كان على ما نقل عن محمد رحمه الله في الزيادات من التقييد بعد التسليم انتهى . أقول : ليس السؤال بشيء ولا الجواب . أما الأول فلأن بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبي حنيفة لم يقولوا مذهباً إليه من تعين النقوذ في الوكالات بعد التسليم إلى الوكيل باجتهادهم من عند أنفسهم بل بتخريجهم إياه من أصل أبي حنيفة كما هو حال أصحاب التخريج في كثير من المسائل فكان مذكروه المصنف هاهنا من قبيل إثبات قول أبي حنيفة بأصله على تخريج بعض المشايخ ، وأمثال هذا أكثر من أن نحصى . وأما الثاني فلأن حاصله أن المصنف أخذ مذكروه هاهنا من مفهوم قول محمد في الزيادات فلم يسلمها إلى الوكيل . فبره عليه أن محمداً لم يذكر الخلاف هناك ، فإن لم يكن ما ذكره على قول نفسه فقط فلا أقل من أن يكون ذلك مما قال به أيضا ، فلو عمل بمفهوم القيد المذكور لزم أن يكون المشتري للوكيل عند محمد فيها إذا سلم الموكل الدرهم إلى الوكيل وقال له اشترى لي بها عينا فاشترأه وقيضه فهلك في يده قبل أن يقبضه الأمر مع أن قول محمد وقول أبي يوسف بخلافه كما صرحوا به قاطبة ، وذكر في مسئلة الكتاب ، وأورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال في نظر ، إذ لا يفصل ما في الكتاب بين ما قبل القبض وما بعده كما مر انتهى . أقول : هو مدفوع بحمل إطلاق ما في الكتاب على ما هو القيد في كلام الفقهاء ، إذ قد تقرر في الأصول أن المطلق والقيد إذا وردا واتحد الحكم والحادثة يحمل المطلق على القيد وهما تنكح فتندبر (ألا ترى) تنوير لتعين الدرهم والدنانير في الوكالات (أنه) أى الأمر (لو قيد الوكالة بالعين منها) أى من الدرهم والدنانير (أو بالدين منها) ثم استهلك أى الأمر أو الوكيل (العين) كذا في معراج الدراية ويحوز أن يكون استهلك على بناء المفعول (أو أسقط) أى الموكل (الدين) بأن أبرأه من الدين بعد التوكيل كذا في معراج الدراية أيضا ، ويحوز فيه أيضا بناء المفعول (بطلت الوكالة) جواب

وما لا يتعين بالتعيين كان الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصبح التوكيل ويلزم الأمر ، لأن يد الوكيل كبده فصار كما لو قال تصدق بمائتي حليك على المساكين (ولأبي حنيفة رحمه الله أنها تتعين في الوكالات ، ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت) ونقل التاطق عن الأصل أن الوكيل بالشراء إذا قبض الدنانير من الموكل وقد أمره أن يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم فقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل . والمستلطان تدلان على

لو قيد الوكالة . ونقل الناطقي في الأجتناس عن الأصل أن الوكيل بالشراء إذا قبض الدنانير من الموكل وقد أمره أن يشتري بها طعاما فاشتري بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضمان لدنانير الموكل . ثم قال : هذه المسئلة تدل على أن الدرهم والدنانير يتعنان في الوكالة . قال صاحب النهاية : إنما قيد : يعني المصنف بالاستهلاك دون الهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك . والدليل على هذا ما ذكره الإمام قاضيه خان في السلم من يبيع فشاواه فقال : رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم ليشتري بها ثوبا قد سماه فأنفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل واشترى ثوبا للأمر بدراهم نفسه فإن الثوب لمشتري لا للأمر ، لأن الوكالة تعبدت بتلك الدراهم فبطلت الوكالة بهلاكها ، ولو اشترى ثوبا للأمر ونقد الثمن من مال نفسه وأمسك دراهم الأمر كان الثوب للأمر وتطبل له دراهم الموكل استحسانا ، كالوارث والوصي إذا قضى دين الميت بمال نفسه انتهى كلامه . أقول : دلالة ما نقله عن الإمام قاضيه خان على أن بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك ممنوعة . غاية الأمر أنه صور المسئلة بما إذا أنفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل ، ولا يلزم منه أن لا يكون الحكم كذلك فيها إذا هلكت دراهم الموكل بغير صنع الوكيل ، ألا يرى أنه قال فبطلت الوكالة بهلاكها ولم يقل باستهلاكها ، ولو كان مراده الفرق بين الاستهلاك والهلاك لما قال كذلك . وقال صاحب غاية البيان : قال بعض الشارحين : إنما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص

أن النقود في الوكالة تعين بالتميين ، لكن المذكورة في الكتاب لانفصل بين ما قبل القبض وبعده ، والأخرى تدل على أنها بعد القبض تعين وهو المنقول في الكتب . قال في النهاية : هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم إلى الوكيل ، وأما قبل التسليم إليه فلا تعين في الوكالات أيضا بالإجماع لأنه ذكر في اللخيرة . وقال : قال محمد رحمه الله في الزيارات : رجل قال لغيره اشترى بهذه الألف درهم جارية وأراه الدرهم فلم يسلمها إلى الوكيل حتى سرقت الدرهم ، ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم لزم الموكل . ثم قال : والأصل أن الدرهم والدنانير لا يتعنان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف ، لأن الوكالة وسيلة إلى الشراء فتعتبر بنفس الشراء ، والدرهم والدنانير لا يتعنان في الشراء قبل التسليم ، فكذا فيما هو وسيلة إلى الشراء . وأما بعد التسليم إلى الوكيل هل تعين ؟ اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم : تعين لما ذكرنا ، وحامهم على أنها لا تعين ثم قال : وفائدة النقل والتسليم على قول العامة تأقت بقاء الوكالة ببقاء الدرهم المنقودة ، وهذا قول منهم تعين بالتميين لأن المراد به هو التوقف ببقائها وقطع الرجوع على الموكل فيها وجب للوكيل عليه . ولقائل أن يقول : فهل هذا في كلام المصنف نظر : لأنه أثبت قول أبي حنيفة بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبي حنيفة بمائتي سنة . والجواب أن المصنف لم يتعرض بأن ذلك قول بعض المشايخ ، فلمل اعتياده في ذلك كان على ما نقل عن محمد على ما نقل عنه في الزيارات من التقييد بعد التسليم . ثم قال صاحب النهاية : إنما قيد بالاستهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص به ، ونقل عن كل من اللخيرة وفتاوى قاضيه خان مسئلة تدل على ذلك . ورد بأنه مخالف لما ذكرنا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا : لو هلكت الدرهم المسلمة إلى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة ، بل إنما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل إذا استهلك الوكيل الدرهم المسلمة إليه لأنه يضمن الدرهم

(قوله قال في النهاية هذا) أقول : أي التمين (قوله ثم قال والأصل أن الدرهم الخ) أقول : يعني قال في اللخيرة (قوله لأن المراد به هو التوقف ببقائها الخ) أقول : فيه نظر ، فإن التوقف عاين لأمرهم فانهم . ثم اصل أن الصغير في قوله به رابع إلى التمين (قوله وقطع الرجوع الخ) أقول : حلف على قوله توقف بقاء الوكالة كما لا يخفى وفائدة ثالثة (قوله على الموكل) أقول : متعلق بقطع ، والظاهر أن يقال من يدل على (قوله ولقائل أن يقول) أقول : تأمل فيه (قوله والجواب أن المصنف لم يتعرض بأن ذلك قول بعض المشايخ الخ) أقول : فيه نظر ، إذ لا يفصل ما في الكتاب بين ما قبل القبض وما بعده كما مر (قوله من التقييد بعدم التسليم) أقول : حيث قال فلم يسلمها (قوله ورد بأنه مخالف) أقول : الرد للإختلاف في آخر قوله بل إنما قيد المصنف (قوله بطلت الوكالة) أقول : ويدل عليه ظاهر الفائدة الأولى (قوله تدل بغيرهم إذا الوكالة لا تبطل إذا استهلك الخ) أقول : فيجئ ذلك يكون استهلك على بناء المفعول (قوله لأنه يضمن الدرهم الخ) أقول : بخلاف ما إذا هلك فإنه لا يضمن .

وإذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من دون أن يوكله بقبضه وذلك لايحوز ، كما إذا اشترى بدين على غير المشتري أو يكون أمراً بصرف مالا يملكه إلا بالقبض قبله وذلك باطل كما إذا قال أعط مالى عليك

بالاستهلاك دون الهلاك ، هذا الذى ذكره مخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا : لو هلكت الدراهم المسلمة إلى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة . فأقول : كان المصنف قيد بالاستهلاك حتى لا يتوهم متوهم أن الوكالة لا تبطل إذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة إليه لأنه يضمن الدراهم كما في هلاك المبيع قبل التسليم ، إلى هنا كلامه . وقال صاحب العناية : ثم قال صاحب النهاية : إنما قيد بالاستهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص به . ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسألة تدل على ذلك . وردّ بأنه مخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا : لو هلكت الدراهم المسلمة إلى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة ، بل إنما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل إذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة إليه لأنه يضمن الدراهم فيقوم مثلهام مقامها فتصير كأن عينها باقية ، فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما في بطلان الوكالة بهما انتهى . أقول : هذا حاصل ما ذكره صاحب العناية خلا قوله ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسألة تدل على ذلك ، وأنه ليس بسديد ، إذ لم نجد في نسخ النهاية هنا مسألة منقولة عن الذخيرة تدل على ذلك ، بل المذكور فيها هاهنا إنما هي مسألة فتاوى قاضيخان كما نقلناه فيها قبل (فإذا تعينت) أى الدراهم والدنانير ، وهذا من تنمة الدليل ، وتقديره أن الدراهم والدنانير تعين في الوكالات ، وإذا تعينت (كان هذا) أى التوكيل المذكور (تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله) أى ذلك الغير (بقبضه) أى بقبض الدين (وذلك) أى تمليك الدين على الوجه المزبور (لايحوز) لعدم القدرة على التسليم (كما إذا اشترى بدين على غير المشتري) بأن كان لزيد على عمرو مثلاً دين فاشترى زيد من آخر شيئاً بذلك الدين الذى له على عمرو فإنه لايحوز ، فكان تقديره كما إذا اشترى المشتري شيئاً بدين على غير نفسه ، كذا في النهاية وعليه أكثر الشراح . وقال تاج الشريعة في شرح هذا المقام : أى كما إذا اشترى هذا المأمور بدين هو حق الأمر على غير هذا المأمور انتهى . ووافقه صاحب الغاية حيث قال : يعنى كما إذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما إذا أمره زيد مثلاً أن يشتري بدين لزيد على عمرو شيئاً من آخر فإنه لايحوز لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين ، فكذا فيما نحن فيه انتهى . وبين المعنيين تغاير لايحوز (أو يكون أمراً بصرف) أى بدفع (مالا يملكه إلا بالقبض قبله) أى قبل القبض متعلق بصرف ، وهذه الجملة عطف على قوله كان هذا تمليك الدين لغير من عليه الدين ، والمعنى : أو يكون التوكيل المذكور أمراً من رب الدين للمدين بدفع مالا يملكه رب الدين إلا بالقبض قبل القبض ، وذلك لأن الدين تقضى بأمتاها فكان ما أدى المدين إلى البائع أو إلى رب الدين ملك المدين ، ولا يملكه الدائن قبل القبض (وذلك باطل) أى أمر الإنسان بدفع مالا يملكه باطل (كما إذا قال أعط مالى عليك

فيقوم مثلهام مقامها فتصير كأن عينها باقية ، فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما في بطلان الوكالة بهما (قوله وإذا تعينت) هو تنمة الدليل . وتقديره أنها تعين في الوكالات ، وإذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بالقبض ، وذلك لايحوز لعدم القدرة على التسليم ، كما إذا اشترى بدين على غير المشتري بأن كان لزيد على عمرو دين مثلاً فاشترى زيد من آخر شيئاً بذلك الدين الذى له على عمرو فإنه لايحوز لذلك (أو يكون أمراً بصرف) أى بدفع (مالا يملكه إلا بالقبض قبل القبض ، وذلك) لأن الدين تقضى بأمتاها ، فكان ما أدى المدين إلى البائع أو إلى رب الدين ملك المدين ، ولا يملكه الدائن قبل القبض ، والأمر بدفع ما ليس بملكه (باطل) وصار (كما إذا قال أعط مالى عليك

(قال المصنف : كما إذا اشترى بدين على غير المشتري) أقول : قال في النهاية : تقديره كما إذا اشترى المشتري شيئاً بدين على غير نفسه انتهى . وقال الإقنافى : يعنى كما إذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما إذا أمره زيد مثلاً أن يشتري بدين لزيد على عمرو شيئاً من آخر فإنه لايحوز لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين ، فكذا ما نحن فيه وهو ما إذا أمر الوكيل أن يشتري بدين على الوكيل حينئذ يغير ماله انتهى . فين كلامه وكلام النهاية متفاوت لا يمتثل .

من شئت ، بخلاف ما إذا عين البائع لأنه يصير وكيلًا عنه في القبض ثم يملكه ، وبخلاف ما إذا أمره بالتصدق لأنه جعل المال لله وهو معلوم .

من شئت) فإنه باطل ، لأنه أمر بصرف مالا يملكه الأمر إلا بالقبض إلى من يختاره المديون بنفسه (بخلاف ما إذا عين البائع) يعني بخلاف ما إذا كان الموكل عين البائع ، فإن التوكيل صحيح هناك (لأنه) أي البائع (يصير) أولًا (وكيلًا عنه) أي عن الموكل (في القبض) تصحيحًا لتصرفه بقدر الإمكان (ثم يملكه) أي ثم يملكه البائع فيصير قابضًا لرب الدين أولًا ثم يصير قابضًا لنفسه كما لو وهب دينه على غيره ووكل الموهوب له بقبضه ، وكذا إذا عين المبيع لأن في تعيين المبيع تعيين البائع كما مر في صدر المسئلة فصار كما لو عين البائع ، ومتى أبهم المبيع أو البائع يكون البائع مجهولًا والمجهول لا يصلح وكيلًا . قيل : يشكل بما لو أجر حامًا بأجرة معلونة وأمر المستأجر بالرمه من الأجرة فإنه يجوز ، وإن كان هذا أمرًا بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو الأجير من غير أن يوكله بقبضه لأن الأجير مجهول وتوكيل المجهول لا يصلح . وأجيب بأن ذلك قولهما ، ولئن كان قول الكل خطأ جاز باعتبار الضرورة ، فإن المستأجر لا يجد الأجر في كل وقت فجعلنا الحمام قائمًا مقام الأجر في القبض ، وكذا في الكفاية وغيرها . واعترض بأنه لو اشترى شيئًا بدين على آخر ينبغي أن يجوز أن يجعل البائع وكيلًا بالقبض أولًا لكونه معينًا . وأجيب بأن عدم الجواز هنا لكونه بيعًا بشرط وهو أداء الثمن على الغير ، وكذا في العتابة وبعض الشراح . أقول : في هذا الجواب بحث ، أما أولًا فلأن البائع لو جعل هنا وكيلًا بالقبض لم يكن العقد بيعًا بشرط أداء الثمن على الغير ، بل يكون أداء الثمن على المشتري بيد وكيله كما فيما إذا كان الموكل عين البائع . وأما ثانيًا فلأن التقود لما لم تتعين في المعاوضات لم يلزم الاشتراط المذكور هنا أصلاً . وأما ثالثًا فلأنه لو كان عدم الجواز هنا لكونه بيعًا بشرط لا لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بقبضه لما كان لقول المصنف فيما مر آنفًا كما إذا اشترى بدين على غير المشتري ارتباطًا بما قبله ، ولما كان لقول صاحب العتابة في شرح ذلك فإنه لا يجوز لذلك معنى ، فإن أمكن تخليص كلام المصنف بمحمل مراده بقوله كما إذا اشترى بدين على غير المشتري على المعنى الذي ذهب إليه بعض الشراح دون المعنى الذي ذهب إليه أكثرهم كما عرفته فيما قبل لا يمكن تخليص كلام صاحب العتابة فإنه ذهب إلى ما ذهب إليه الأكثر فتأمل . وأجيب عن الاعتراض المذكور في بعض الشروح بوجه آخر أيضًا ، وهو أن البائع لو صار وكيلًا فخما يصير وكيلًا في ضمن المباينة ، ولا بد من أن يثبت المتضمن لثبوت المتضمن ، والمباينة لم تثبت لما فيه من تمليك الدين من غير من عليه الدين فلا يثبت المتضمن ، بخلاف ما نحن فيه لأن التوكيل بالقبض يثبت فيه بأمر الأمر ، وأنه يسبق الشراء ، وبخلاف ما إذا وهب الدين من غير من عليه الدين حيث تصح الهبة ويثبت الأمر من الواهب للموهوب له بالقبض في ضمن الهبة لأن الملك يتوقف إلى زمان القبض فيكون التوكيل بالقبض سابقًا على التخليص معنى (وبخلاف ما إذا أمره بالتصدق) جواب عن قياسهما على الأمر بالتصدق ولم يذكر في الكتاب وقد ذكرناه في سياق دليلهما (لأنه) أي الأمر بالتصدق (جعل المال لله تعالى) ونصب الفقير وكيلًا عن الله عز وجل في قبض حقه ، وكذا في الكافي وغيره (وهو معلوم) أي الله تبارك وتعالى معلوم فكان كتمعين البائع في المسئلة الأولى . وأما مسألة التصديق في الشراء بأن لادين له

من شئت) فإنه باطل لأنه أمر بصرف مالا يملكه الأمر إلا بالقبض إلى من يختاره المديون بنفسه (قوله بخلاف ما إذا عين البائع) يعني بخلاف ما إذا كان الموكل عين البائع أو المسلم إليه فإن التوكيل صحيح لازم للأمر (لأنه يصير) البائع أولًا (وكيلًا عنه في القبض) ثم يملكه وذلك ليس بتمليك الدين من غير من عليه الدين ولا أمرًا بصرف مالم يقبض . واعترض بأنه لو اشترى شيئًا بدين على آخر ينبغي أن يجوز أن يجعله وكيلًا بالقبض أو لالكونه معينًا . وأجيب بأن عدم الجواز هنا لكونه بيعًا بشرط وهو أداء الثمن على الغير (قوله وبخلاف) جواب عن قياسهما على الأمر بالتصدق ولم يذكره في الكتاب وقدمناه في سياق دليلهما

(قوله وذلك ليس بتمليك الخ) أقول : إذ يقول إذا قبضه يكون عينًا (قوله واعترض بأنه لو اشترى الخ) أقول : يخالف لقوله فإنه لا يجوز لذلك (قوله وأجيب بأن عدم ، إلى قوله : على الغير) أقول : التقود لامتتين في المعاوضات فكيف يصح سنهت الاشتراط .

وإذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله إلا إذا قبضه الأمر منه لانقضاء البيع تعاطيا . قال (ومن دفع إلى آخر ألفا وأمره أن يشتري بها جارية فاشترها فقال الأمر اشترى بها بخمسائة . وقال المأمور اشترى بها بألف فالقول قول المأمور) ومراده إذا كانت تساوى ألفا لأنه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة والأمر يدعى عليه

عليه فلا بد للدرهم والدنانير لاعتينان في الشراء عينا أو دينا ولكن يتعينان في الوكالات ، فلما لم يتعينا في الشراء لم يطل الشراء ببطان الدين ، كذا ذكره الإمام المرعشي والمحبوب وقاضيهان (وإذا لم يصح التوكيل) رجوع إلى أول البحث : يعنى لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بالعمه غير صحيح (نفذ الشراء على المأمور فهلك من ماله) يعنى إذا هلك هلك من مال المأمور (إلا إذا قبضه الأمر منه) فإنه إذا هلك حينئذ هلك من مال الأمر (لانقضاء البيع) بينهما (تعاطيا) فكان هالكا في ملك الأمر . قال الإمام الزليعى في التبيين : وذكر في النهاية أن النقود لا تتعين في الوكالة قبل القبض بالإجماع ، وكذا بعده عند عامةهم لأن الوكالة وسيلة إلى الشراء فتعتبر بالشراء ، وعزاه إلى الزيادات والاشبهة ، فعلى هذا لا يلزم ماسا قاله أبو حنيفة . والتعليل الصحيح له أن يقال : إن تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ، وكذا التوكيل به ، وإنما جاز في المعين لكونه أمرا له بالقبض ثم بالتخليك لا بتوكيل المعدين بالتخليك ، وإن لم يكن معينا لا يصح الأمر للمجهول فكان توكيل المعدين بالتخليك في الإسلام والشراء والعرض ولا يجوز ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه نظر إذ لا يلزم ماسا التعليل الذى ذكره أيضا ، إذ يجوز أن يقال من قبلهما إن عدم جواز تملك الدين من غير من عليه الدين لا يقتضى عدم صحة التوكيل فيها نحن فيه ، فإنه لما لم تتعين النقود في الوكالات لم يكن لتعيين الأمر الألف التى على المأمور تأثير فيها أمره به من اشتراء عبد له ، بل صح اشتراء المأمور عبدا له بأية ألفت كانت ، فكان ذكر تلك الألف في التوكيل بشراء عبد له وعدم ذكرها فيه سواء فصح التوكيل . وقد أشار إليه المصنف في أثناء دليلهما حيث قال : فكان الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ، ولا بد في تمام التعليل من قبل أبي حنيفة رحمه الله من المصير إلى تعيين النقود في الوكالات وإن كان على قول بعض المشايخ كما فعله المصنف ، فقد دره في تدقيقه وتحقيقه (قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن دفع إلى آخر ألفا وأمره أن يشتري بها جارية فاشترها فقال الأمر اشترى بها جالة وقال المأمور اشترى بها بألف فالقول قول المأمور) إلى هنا لفظ الجامع الصغير . قال المصنف (ومراده) أى مراد محمد (إذا كانت) أى الجارية (تساوى ألفا) يعنى أن الحكم المذكور وهو كون القول قول المأمور فيها إذا كانت قيمة الجارية ألفا (لأنه) أى المأمور (أمين فيه) أى في الخصوص المزبور (وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة والأمر يدعى عليه

بذلك ظاهر . وقوله (وإذا لم يصح التوكيل) رجوع إلى أول البحث : يعنى لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بالعمه غير صحيح نفذ الشراء على المأمور ، فإذا هلك عنده هلك من ماله لكن إذا قبضه الأمر عنه انعقد بينهما بيع بالتعاطي ، فإن هلك عنده هلك من ماله . قال (ومن دفع إلى آخر ألفا وأمره أن يشتري بها جارية فاشترها فقال الأمر اشترى بها بخمسائة وقال المأمور اشترى بها بألف فالقول للمأمور ، ومراده إذا كانت تساوى الألف لأنه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة ، والأمر يدعى عليه ضمانا وخمسائة وهو ينكر فالقول قول المنكر ، فإن كانت الجارية تساوى خمسمائة فالقول للأمر لأن الوكيل مخالف إلى شر حيث اشترى جارية تساوى خمسمائة والأمر تناول ما يساوى ألفا فيضمن ، فإن لم يكن دفع الألف إليه واختلفا فالقول للأمر ، أما إذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة إلى شر وإن كانت قيمتها ألفا فعنى قوله فالقول للأمر يتحالفان ويندفع به ما قبل في شروح الجامع الصغير أن الجارية إذا كانت تساوى ألفا وسبب أن يلزم الأمر سواء قال المأمور اشترى بها بألف أو بأقل منها ، لأنه لما اشترها بألف كان موافقا للأمر ، وإن اشترها بأقل كان مخالفا إلى غير وذلك يلزم الأمر ، وهذا لأنهما في هذا

(قال المصنف : فالقول قول المأمور) أقول : قال صدر الشريعة بلا ميين (قال المصنف : ومراده) أقول : يعنى مراد محمد رحمه الله (قال المصنف : لأنه أمين فيه) أقول : ولم يمتنع هنا المبادرة للحكمة لسبق الأمانة للمبادلة والسبق من أسباب الترجيح .

ضمان خمسة وهو ينكر . فإن كانت تساوى خمسة فالقول قول الأمر لأنه خالف حيث اشترى جارية تساوى خمسة والأمر تناول ما يساوى ألفا فيضمن . قال (وإن لم يكن دفع إليه الألف فالقول قول الأمر) أما إذا كانت قيمتها خمسة فلمخالفة وإن كانت قيمتها ألفا فعنهما يتحالفان لأن الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ، ثم ينسخ العقد الذي جرى بينهما فنزلهما الجارية المأمور . قال (ولو أمره أن يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنًا فاشتراه فقال الأمر اشترته بخمسة وقال المأمور بألف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه) قيل لا تحالف هاهنا لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع .

ضمان خمسة وهو أي المأمور (ينكر) والقول قول المنكر (فإن كانت أي الجارية تساوى خمسة فالقول قول الأمر لأنه أي الوكيل (خالف) أي خالف الأمر إلى شر (حيث اشترى جارية تساوى خمسة والأمر يتناول ما يساوى ألفا) وأيضا فيه غبن فاحش (فيضمن) أي المأمور لأنه لا يملك أن يخالف الأمر إلى شر ولا أن يشتري بغبن فاحش (قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإن لم يكن دفع إليه الألف) واختلفا (فالقول قول الأمر ، أما إذا كانت قيمتها أي قيمة الجارية (خمسة فلمخالفة) ولتحقيق الغبن الفاحش كما مر آتيا (وإن كانت قيمتها ألفا ، فعنه) أي فعني قول محمد فالقول قول الأمر (أنهما يتحالفان) ويندفع به ما قيل في شروح الجامع الصغير : إن الجارية إذا كانت تساوى ألفا وجب أن تنزلهما المأمور سواء قال المأمور اشترتها بألف أو بأقل منها ، لأنه إن اشترها بألف كان موافقا للأمر ، وإن اشترها بأقل "منا كان مخالفا إلى غير ، وكل ذلك يلزم الأمر ، كذا في العنية وغيرها . أقول : بقى هاهنا شيء ، وهو أن المذكور في قول محمد فالقول قول الأمر والتحالف يخالفه فكيف يكون هذا معنى ذلك ؟ والجواب الذي أشار إليه المصنف في المسئلة الآتية بقوله وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع لا يمتنع هنا كما لا يمتنع على المتأمل . قال المصنف (لأن الموكل والوكيل في هذا) أي في هذا الفصل (ينزلان منزلة البائع والمشتري) للمبادأة الحكمية بينهما (وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم ينسخ) يعني فإذا تخالفا ينسخ العقد الذي جرى بينهما أي بين الموكل والوكيل وهو العقد الحكمي (فنزلهما الجارية المأمور) قيل هنا مطالبة وهي أن الوكيل إذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبر فيه المخالفة والأمانة ، وإذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادأة فما الحكم في ذلك ؟ وأجيب بأن في الأول سبقت الأمانة بالمبادأة ، والسبق من أسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ولو أمره أن يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنًا فاشتراه) ووقع الاختلاف في الثمن (فقال الأمر اشترته بخمسة وقال المأمور) اشترته (بألف وصدق البائع) أي باع العبد (المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه) إلى هنا لفظ الجامع الصغير . قال المصنف (قيل لا تحالف هاهنا) وهو قول القتيبي أبي جعفر الهندواني (لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع

أي في هذا الفصل ينزلان منزلة البائع والمشتري للمبادأة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ، فإذا تخالفا فسح العقد الحكمي بينهما فنزلهما الجارية المأمور ، وفيه مطالبة وهي أن الوكيل إذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبر فيه المخالفة والأمانة ، وإذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادأة ، فما الحكم في ذلك ؟ والجواب أن في الأول سبقت الأمانة بالمبادأة والسبق من أسباب الترجيح فاعتبرت فيه ، بخلاف الثاني . قال (ولو أمره أن يشتري له هذا العبد بالثمن) وإذا أمره بشراء عبد معين ولم يسم ثمنًا فاشتراه ووقع الاختلاف في الثمن وصدق البائع الوكيل فالقول للمأمور مع يمينه . قيل لا تحالف هاهنا وهو قول أبي جعفر الهندواني لأن تصديق البائع رفع الخلاف فيجعل تصادفهما بمنزلة إنشاء العقد ، ولو أنشأه لزم الأمر فكلها هاهنا ،

(قال المصنف : فالقول للأمر) أقول: يعني لا يلزم الأمر فيكون قوله مقبولا مع اليمين (قال المصنف: لأنه خالف حيث اشترى الخ) أقول: ولأن فيه غنا فالحق فلا يلزم الأمر (قوله فعني قوله فالقول للأمر الخ) أقول: وأنت خير بأنه يلزم حيث البيع بين الحقيقة والمجاز لكن المصنف يجوز إذا كان بسببين مختلفين، والكلام في وجود التبرئة الصارفة فلها ليس بظاهرة هنا كظهورها في المسئلة الثالثة .

إذ هو حاضر وفي المسئلة الأولى وهو غائب ، فاعتبر الاختلاف ، وقيل يتحالفان كما ذكرنا : وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبى عنهما وقبله أجنبى عن الموكل إذ لم يبر بينهما بيع فلا يصدق عليه فيبقى الخلاف ، وهذا قول الإمام أبي منصور رحمه الله وهو أظهر .

إذ هو : أى البائع (حاضر) فيجعل تصادفهما بمنزلة إنشاء العقد ، ولو أنشأ العقد لزم الأمر فكذا هاهنا (وفي المسئلة الأولى هو) أى البائع (غائب فاعتبر الاختلاف) لعدم ما يرفعه ووجب التحالف (وقيل يتحالفان) فى هذه المسئلة أيضا وهو قول الشيخ أبى منصور السائرلى (كما ذكرنا) أى فى المسئلة الأولى من أنهما يزلان منزلة البائع والمشتري ، وقد وقع الاختلاف فى الثمن وموجبه التحالف ، ولما استشر أن يقال كيف قيل إنهما يتحالفان وقد نص محمد بن الجامع الصغير أن القول قول المأمور مع يمينه والتحالف مخالفة أجاب بقوله (وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع) يعنى أن محمدا اكنى بذكر معظم يمين من يمين التحالف . وهو يمين البائع : أى المأمور لأنه بمنزلة البائع فى العقد الذى جرى بينه وبين الأمر حكما ، وإنما قال إن يمين البائع الذى هو المأمور معظم يمين التحالف لأنه مدع هاهنا ولا يمين على المدعى إلا فى صورة التحالف ، وأما المشتري وهو الأمر ففكر ، وعلى المنكر يمين فى كل حال ، فلما كان يمين المأمور هو المختص بالتحالف كانت أعظم اليمينين ، ثم إذا وجب اليمين على المأمور وهو المدعى فلأن يجب على الأمر وهو المنكر أولى ، كذا فى الشروح . قال الإمام الزيلعى فى التبيين بعد ما بين المقام فى هذا الخط : هكذا ذكر المشايخ إلا أن فيه إشكالا ، لأنه وإن كان يدل على ما ذكرنا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك ، فإن قوله إن القول قول المأمور مع يمينه يدل على أن المأمور يصدق فيها قوله ، وفى التحالف لا يصدق واحد منهما ، ولو كان مراده التحالف لما قال ذلك انتهى كلامه فتأمل (وبالبائع بعد استيفاء الثمن أجنبى عنهما) هذا جواب عن تعليق القول الأول بقوله لأنه لرفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر . يعنى أن بائع العبد بعد استيفاء الثمن أجنبى عن الموكل والوكيل معا (وقبله) أى قبل استيفاء الثمن (أجنبى عن الموكل إذ لم يبر بينهما) أى بين البائع والموكل (بيع) فلم يكن كلامه معتبرا (فلا يصدق عليه) أى على الموكل (فى الخلاف) بين الأمر والمأمور فزعم التحالف . قال المصنف (وهذا) أى القول بالتحالف (قول الإمام أبى منصور وهو أظهر) وقال صاحب الكافى : وهو الصحيح ، ولكن جعل الإمام قاضيا خان فى شرح الجامع الصغير قول الفقيه أبى جعفر أصح . قال الإمام المحبوى فى شرح الجامع الصغير بعد هذا : هذا إذا تصادقا على الثمن عند التوكيل ، وإن اختلفا فقال الوكيل أمرتنى بالشراء بألف وقال الموكل لا بل بخمسةائة فالقول قول الأمر مع يمينه ، ويلزم العبد الوكيل لأن الأمر يستفاد من جهته فكان القول قوله ، فلو أقامنا البيعة فيبيعة الوكيل أولى لما فيها من زيادة الإثبات ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية . أقول : يرد على ظاهره أن وضع هذه المسئلة فيها إذا لم يسم عند التوكيل الثمن للعبد فكيف يصح

بخلاف المسئلة الأولى لأن البائع ثمة غائب فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه (وقيل يتحالفان كما ذكرنا) فإن قيل : المذكور فيه فالقول قول المأمور مع يمينه والتحالف مخالفة . أجاب بقوله (وقد ذكر) يعنى محمدا (معظم يمين التحالف وهو يمين البائع) لأن البائع وهو الوكيل مدع ولا يمين على المدعى إلا فى صورة التحالف . وأما المشتري وهو الموكل ففكر وعلى المنكر يمين ، فلما كان يمين الوكيل هو المختص بالتحالف كانت أعظم اليمينين فإذا وجبت على المدعى قبل المنكر أولى (قوله والبائع بعد استيفاء الثمن) جواب عن قوله لرفع الخلاف بتصديق البائع بأن البائع بعد استيفاء الثمن أجنبى عنهما وقبله أجنبى عن الموكل إذ لا عاقد بينهما فلم يكن كلامه معتبرا فى الخلاف والتحالف . قال المصنف (وهذا قول الإمام أبى منصور وهو أظهر) قال فى الكافى : وهو الصحيح .

(قال المصنف : وقد ذكر معظم يمين التحالف) أقول : ونظيره ما يرمى فى باب التحالف من قوله عليه الصلاة والسلام : إذا اختلفت المظالمات فالقول ما قاله البائع (قال المصنف : وهو أظهر) أقول : وإنما كان أظهر لأن تصديق البائع لو رفع الخلاف وصار تصادفهما بمنزلة إنشاء العقد بقوله مع يمينه بلا غائلة .

(فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

أن يقول الإمام المحبوبي بعد ذلك هذا إذا تصادقا على التثنى ؛ ويمكن الجواب بأن التصديق في التثنى خلاف التصالح فيه ، فيصور بأن تصادقا على تسمية التثنى المعين - وبأن تصادقا على عدم تسمية التثنى أصلا . وبالحكمة يجوز أن يكون التصديق على التثنى من حيث تسمية التثنى ومن حيث تسميته . والثاني هو المراد في قول الإمام المحبوبي .

(فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

لما كان شراء العبد نفسه من مولاه إعتاقا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فتناسب أن يذكر في فصل على حدة ، كذا في العناية وكثير من الشروح . واستشكله بعض الفضلاء بأن الكلام لا يتناول إلا للمسئلة الأولى إن أريد الشراء وكالة ، وإلا فالثانية لا غير فيحتاج إلى أن يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن من مسائل لم يكن التوكيل به من مسائل الخ انتهى . أقول : ليس هذا بشيء ، إذ المراد بالشراء ما هو عام للشراء وكالة وللشراء أصالة فيتناول الكلام المستلثين معا . وأما الاحتياج إلى أن يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء فأمر ضروري على كل حال ، لأن المحذور أن لا يكون التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء لأن يكون نفس شراء العبد نفسه من مسائل ذلك ؛ إذ نفس الشراء مطلقا ليس من مسائل التوكيل بالشراء قطعا . ثم أقول في استشكل ما في الشروح : التوجيه الذي ذكره لا يتناول المسئلة الثانية ، بل إنما يتشمى في المسئلة الأولى لأن شراء العبد نفسه من مولاه إنما يصير إعتاقا على مال أن لو كان شراؤه نفسه من مولاه لنفسه . وأما إذا كان لغيره فلا . والتوكيل في المسئلة الثانية إنما هو بشراء العبد نفسه من مولاه للموكل ، فإن وافق العبد أمر الأمر فشراؤه ليس بإعتاق على مال لا صورة ولا معنى بل هو شراء بعض ، وإن خالف أمره فيكون شراؤه إعتاقا على مال ، ولا ينافي كون التوكيل في هاتيك المسئلة من مسائل فصل التوكيل بالشراء ، إذ المسئلة لا تتغير من وضعها بمخالفة المأمور لأن الأمر كما في كثير من مسائل هذا الفصل وغيره . وأما التوكيل في المسئلة الأولى فلأنما هو بشراء رجل نفس العبد الموكل من مولاه لذلك العبد . فإذا وافق وكيله أمره فاشترى نفسه من مولاه له يصير ذلك الشراء إعتاقا على مال معنى ، وإن كان شراء صورة فجزى التوجيه المذكور في هذه المسئلة دون الأخرى فكان قاصرا . قال في النهاية ومعراج الدراري : ثم إن الألف واللام في قول المصنف في التوكيل بشراء نفس العبد يدل الإضافة وتلك الإضافة إضافة المصدر إلى الفاعل والقابل

(فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

لما كان شراء العبد نفسه من مولاه إعتاقا له على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فتناسب أن يذكره في فصل على حدة . والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين : أن يوكل العبد رجلا ليشرى به من مولاه وهو المسئلة الأولى . وأن يوكل العبد رجلا ليشرى نفسه من مولاه فالعبد في الأول موكل وفي الثاني وكيل ، وكلام المصنف يتناولهما بجهل الألف واللام بدلا من المضاف إليه ، وجعل المصدر مضافا إلى الفاعل أو المفعول وذكر أحدهما متروكا مثل أن يقول

(فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

(قوله لما كان شراء العبد نفسه الخ) أقول : أي وكالة فيتناول المستلثين ، إذ في الأول شراء نفسه بوكيل ، وفي الثانية وكيل أيضا إلا أنه خانت أمر الموكل ، ولا يخفى عليك ما فيه ، بل لا يتناول الكلام إلا للمسئلة الأولى إن أريد الشراء وكالة ، وإلا فالثانية لا غير . فيحتاج إلى أن يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن من مسائل لم يكن التوكيل به من مسائل . والأظهر أن يقال : لما كان تصرف الوكيل في حله الوكالة شراء على تقدير وإعتاقا على تقدير بخلاف غيره تناسب أن يذكر في فصل على حدة ، وفي قوله من مولاه إعتاقا على مال الخ مسماة لأن الإعتاق إنما هو بيمينه من نفسه (قوله وكلام المصنف يتناولهما) أقول : أي على سبيل البديل (قوله وجعل المصدر الخ) أقول : والأول أن يقدّر المصدر إليه والمترتبة كذا : أمرا عاما مثلاً أن يقول في توكيل شخص شخصا أو أحدا متى يتناولهما كلام المصنف معا على أنه لا يعمد

قال (وإذا قال العبد لرجل اشترى نفسي من المولى بألف ودفعها إليه ، فإن قال الرجل للمولى اشترىته لنفسه فباعه على هذا فهو حرّ - والولاء للمولى) لأن بيع نفس العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق يبدل والمأمور سفير عنه إذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه ، وإذا كان إعتاقاً أعقب الولاء (وإن لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري)

هو العبد بالنظر إلى المسئلة الأولى : أى توكيل العبد الأجنبي بشراء نفسه والأجنبي بالنظر إلى المسئلة الثانية : أى توكيل الأجنبي العبد بشراء نفسه انتهى . وقال في العناية : والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين : أن يوكل العبد رجلاً يشترى به من مولاه وهو المسئلة الأولى ، وأن يوكل العبد رجلاً يشترى نفسه من مولاه . فالعبد في الأول موكل ، وفي الثاني وكيل . وكلام المصنف يتناولهما يجعل الألف واللام بدلاً من المضاف إليه ، وجعل المصدر مضافاً إلى الفاعل أو المفعول ، وذكر أحدهما متروكاً مثل أن يقول في توكيل العبد رجلاً أو في توكيل العبد رجل انتهى . أقول : تناول قول المصنف فصل في التوكيل بشراء نفس العبد للمشتين على كلا التقديرين إنما يكون على سبيل البذل وفي ذلك تصف لا يمتنع ، فالأوجه أن يفتكر واحد من المضاف إليه والمتروكاً أمراً عاماً ، مثل أن يقال : فصل في توكيل أحد آخر بشراء نفس العبد ليتناول عنوان هذا الفصل كل واحدة من المسلتين المذكورتين فيه على سبيل الشمول لأعلى سبيل البذل (قال) أى حمد في الجامع الصغير (وإذا قال العبد لرجل اشترى نفسي من المولى) أى من مولاي (بألف ودفعها) أى دفع العبد الألف (إليه) أى إلى الرجل الذى وكله (فإن قال الرجل) أى الوكيل (للمولى اشترىته) أى العبد لنفسه (أى لنفس العبد (فباعه على هذا) أى فباع المولى ذلك العبد على هذا الوجه (فهو حرّ) أى فذلك العبد حرّ - يعنى صار حرّاً (والولاء للمولى) أى وولاء ذلك العبد للمولى (لأن بيع نفس العبد منه) أى من العبد (إعتاق) أى إعتاق على مال ، والإعتاق على المال يتوقف على وجود التيقن من الحق ، وقد وجد ذلك كما أشار إليه بقوله (وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق يبدل والمأمور سفير عنه) أى عن العبد حيث أضاف العقد إليه (إذ لا يرجع إليه الحقوق) أى لا يرجع إلى المأمور حقوق العقد ، لأنه متى أضاف العقد إلى العبد جعل نفسه رسولاً ، ولأعده على الرسول ، وإذا كان كذلك (فصار كأنه) أى العبد (اشترى) نفسه (بنفسه) أى بلا واسطة (وإذا كان إعتاقاً) أى وإذا كان بيع نفس العبد من العبد إعتاقاً لذلك العبد (أعقب الولاء) أى أعقب الولاء للمعتق ثبت أن العبد في هذه الصورة صار حرّاً وكان ولأوه للمولى (وإن لم يعين للمولى) أى وإن لم يقل الوكيل اشترى العبد لنفس العبد (فهو عبد للمشتري) يعنى صار ملكاً له

في توكيل العبد رجلاً أو في توكيل العبد رجل . قال (وإذا قال العبد لرجل الخ) إذا وكل العبد رجلاً بأن يشترى له نفسه من مولاه بألف درهم ودفعها إليه فلا يخلو إما أن يقول الرجل للمولى اشترىته لنفسه أو لم يعينه ، فإن عينه فباعه المولى على ذلك فهو حرّ - والولاء للمولى ، أما أنه حرّ فلا ينعى بيع العبد من نفسه إعتاق على مال والإعتاق على مال يتوقف على وجود التيقن من الحق وقد وجد ذلك ، لأن شراء العبد نفسه قبول منه إعتاق يبدل والمأمور سفير حيث أضاف العقد إلى موكله والحقوق لم ترجع إليه فصار كأن العبد اشترى نفسه بنفسه ، وأما أن الولاء للمولى فلأنه إذا كان إعتاقاً أعقب الولاء للمعتق ، وإن لم يعينه للمولى فهو عبد للمشتري ، لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة والحقيقة يجب العمل بها مهما أمكن ، وقد أمكن إذا لم يعين فيحافظ اللفظ على الحقيقة . فإن قيل : لاسلم أن العمل بالحقيقة يمكن لأنه توكيل يشترى به عينة فليس الوكيل أن يشترى به نفسه . فاجواب سبأً بخلاف شراء العبد نفسه فإن الحقيقة تعلت ثمة فتمنع المجاز ، وإذا كان معاوضة يثبت الملك له والألف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف أخرى ثمناً للعبد ، فإنه أى الثمن في ذمة المشتري لأن الأداء لم يصح . قال في النهاية : وهذا ظاهر فيها إذا وقع الشراء للمشتري ، وأما إذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى حقق هل يجب على العبد ألف أخرى ؟ قال الإمام قاضيهان في الجامع الصغير : ولها إذا بين الوكيل للمولى أن يشترى به للعبد هل يجب العبد ألف أخرى ؟ لم يذكر في الكتاب ، وينبغي أن يجب لأن الأول مال المولى فلا يصلح بدلاً عن ملكه . قلت : وفي كلام المصنف ما يشير إليه ، فإنه جعل شراء نفسه

لأن انقضاء حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها إذا لم يعين فيحافظ عليها. بخلاف شراء العبد نفسه لأن المجاز فيه متعين ، وإذا كان معاوضة يثبت الملك له (والألف للمولى) لأنه كسب عبده (وعلى المشتري ألف مثله) ثمة للعبد فإنه في ذمته حيث لم يصح الأداء . بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لأن المقدين هناك على نخط واحد . وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد ، أما هاهنا فأحدهما إعتاق مقبب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عصاه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان

(لأن القفل) أى لأن قوله اشترت عبداً بكذا (حقيقة للمعاوضة) أى موضوع للمعاوضة دون الإعتاق (وأمكن العمل بها) يعنى أن الحقيقة يجب العمل بها مهما أمكن وقد أمكن العمل بها (إذا لم يبين) أى إذا لم يعين فلم يقل اشترت عبداً لأجل نفسه (فيحافظ عليها) أى فيحافظ اللفظ على الحقيقة . فإن قيل : لا نسلم أن العمل بالحقيقة ممكن هنا لأنه توكل بشراء شئء بعينه فليس للوكيل أن يشتريه لنفسه . قلنا : قد أتى الوكيل هاهنا بنحس تصرف آخر ، لأن ما وكل به كان من جنس الإعتاق على مال ، وما أتى به إنما هو من جنس الشراء المحض فكان مخالفاً للآخر فينقض عليه ، وتستجىء الإشارة من المصنف إلى نظير هذا في المسئلة الثانية (بخلاف شراء العبد نفسه) حيث يعمل للإعتاق لتعمل العمل بالحقيقة (لأن المجاز) وهو كون الشراء مستعاراً للإعتاق (فيه) أى في شراء العبد نفسه (متعين) لأن العبد ليس بأهل أن يملك مالا فصار شراؤه نفسه مجازاً عن الإعتاق ، أو لأن نفس العبد ليست بمال في حقه حتى يملك نفسه ثم يعتق لأنه آدمى في حق نفسه حتى وجب الحد والقصاص عليه بإقراره ، والمال غير الآدمى خلق لمصالح الآدمى فلم يمكن العمل بالمعاوضة فجعل مجازاً عن الإعتاق والمجوز معنى إزالة الملك فإن البيع يزيل الملك بعوض إلى آخر . والإعتاق يزيله إلى آخر (وإذا كان معاوضة) يعنى إذا كان العقد معاوضة لها إذا لم يعين للمولى . (يثبت الملك له) أى للمشتري (والألف للمولى) أى والألف التى دفعها العبد إلى المشتري حين أن وكله تكون للمولى (لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف مثله) أى مثل ذلك الألف (ثمة للعبد) قوله ثمة نصب على التمييز : أى من جهة أنه ثمة للعبد (فإنه) أى الثمن (في ذمة) أى في ذمة المشتري (حيث لم يصح الأداء) لأن المشتري أدى تلك الألف إلى المولى من كسب عبده وكسبه ملك المولى فلا يقع ثمة . قال في النهاية : وهذا ظاهر فيما إذا وقع الشراء للمشتري ، وأما إذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى حقق هل يجب على العبد ألف أخرى ؟ قال الإمام قاضيهان : وفيما إذا بين الوكيل للمولى أنه يشتريه للعبد هل يجب على العبد ألف أخرى ؟ لم يذكر في الكتاب . وينبى أن يجب لأن الأول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه انتهى . وقال في النهاية بعد نقل ذلك عن النهاية : قلت وفي كلام المصنف ما يشير إليه فإنه جعل شراء نفسه قبوله الإعتاق ببذل ، فأول لم يجب عليه ألف أخرى كان إعتاقاً بلا بدل انتهى فتأمل (بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره) أى من غير العبد بأن يوكل أجنبى أجنبى بشراء العبد من مولاه (حيث لا يشترط بيانه) أى بيان الشراء : يعنى لا يشترط على الوكيل أن يقول وقت الشراء اشتريته لموكل في وقوع الشراء للموكل (لأن المقدين) يعنى الذى يقع له والذى يقع للموكل (هناك) أى في تلك الصورة (على نخط واحد) أى على نوع واحد وهو المبيعة ، والنخط النوع والطريقة أيضاً (وفي الحالين) أى حال الإضافة إلى نفسه وحال الإضافة إلى موكله (المطالبة تتوجه نحو العاقد فلا يحتاج إلى البيان) وأما هاهنا) أى فيما نحن فيه (فأحدهما) أى أحد المقدين (إعتاق مقبب للولاء ولا مطالبة على الوكيل) أى لا مطالبة في الإعتاق على الوكيل لأنه سفير (والمولى عصاه) أى لعله (لا يرضاه) أى لا يرضى الإعتاق لأنه يعقب الولاء وموجب الإحناء عليه حيث قل فرما يتضرر به (ويرغب في المعاوضة المحضة) أى والمولى عصاه يرغب في المعاوضة المحضة (فلا بد من البيان) أعلم أن قول المصنف ولا مطالبة على الوكيل على رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالحق ، فإن

قوله الإعتاق ببذل ، فلو لم يجب عليه ألف أخرى كان إعتاقاً بلا بدل ، وهذا (بخلاف الوكيل بشراء العبد من غير العبد) أن يزول التبركيز منزلة اللازم (قوله كان إعتاقاً بلا بدل) أقول : لأن الألف للمولى ملك للمولى قبل الإعتاق لكونه كسب عبده ولا يصلح ملكه بدلا عن ملكه .

(ومن قال لعبد اشترى نفسك من مولاك فقال مولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر) لأن العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لأنه أجنبي عن مالته ، والبيع يرد عليه من حيث أنه مال . إلا أن مالته في يده حتى لا يملك البائع الجليس بعد البيع ،

محمد رحمه الله ذكر فيه أن العبد يعق والمال على العبد دون الوكيل . وذكر في باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة أن العبد يعق والمال على الوكيل ، وهكذا في وكالة الجائع الكبير . وجه رواية الجائع أن توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشراؤه لغيره ، وهناك يصير هو المطلب بتسليم الثمن فكذا هاهنا . وعن عيسى بن أبيان قال : الصحيح أن الثمن على العبد لأن الوكيل من جانب العبد في العتق سفير ومعب ، فإنه لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الأمر ، وليس إليه من قبض المعقود عليه شيء فلا توجه عليه المطالبة بتسليم البذل ، ألا يرى أن المولى لو كان هو الذي أمر الرجل ببيع نفسه العبد من العبد بألف درهم إلى العطاء فباعه الوكيل بهذه الصفة يجوز البيع والألف عليه إلى ذلك الأجل ، والذي يلي قبض الألف هو المولى دون الوكيل فكذا هاهنا ، كذا ذكره الإمام الهروي (قال) أي محمد في الجائع الصغير (ومن قال لعبد اشترى في نفسك من مولاك) هذه هي المسئلة الثانية من المسئلتين اللتين يشملهما هذا الفصل ، فمن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو إما أن يضيف العبد العقد إلى موكله أو إلى نفسه ، أو أطلق فإن أضافه إلى موكله (فقال مولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل) أي ففعل المولى ذلك (فهو) أي العقد أو العبد (للآمر لأن العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه ، لأنه أي العبد (أجنبي عن مالته) لأنها لمولاه ، حتى لو أقر بها لغيره لم يصح (والبيع يرد عليه) أي على العبد (من حيث أنه مال) لا من حيث أنه أدى فكان توكله بشراء نفسه كتوكله بغيره من أموال المولى أو كتوكيل أجنبي بشراء نفسه . قال خمس الأئمة : أما صحة هذا التوكيل فلأن العبد مخاطب له بعبارة مؤثرة كالحر ، وإنما يصلح الحر أن يكون وكيلا لغيره بالشراء باعتبار أن له عبارة صحيحة فكذلك العبد (إلا أن مالته في يده) استثناء من قوله لأنه أجنبي عن مالته : يعني أن مالته العبد في يده نفسه (حتى لا يملك البائع الجليس بعد البيع) فإنه لو أراد البائع أن يحبس بعد

يعني أن يوكل أجنبي أجنبيا بشراء العبد من مولاه حيث لا يشترط على الوكيل أن يقول وقت الشراء اشترته لموكل لوقوع الشراء للموكل ، لأن المقدين : يعني الذي يقع له والذي للموكل من نوع واحد وهو المبيعة ، وفي الحالين : أي حال الإضافة إلى نفسه والإضافة إلى موكله توجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج إلى البيان ، أما مانحن فيه فإن أحدهما إعتاق يعقب الولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لأنه سفير والمولى عصاء لا يرضاه ، أي لا يرضى الإعتاق لأنه يعقب الولاء ، وموجب الجناية عليه حينئذ وربما يتضرر به والآخر معاوضة محضة ، والمطالبة على الوكيل والمولى عصاء يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ، وشبه المصنف عسى بكاد فاستعمله استعماله . وقوله (ولا مطالبة على الوكيل) هو رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق أن العبد يعق والمال على العبد دون الوكيل . وذكر في باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة أن العبد يعق والمال على الوكيل . وهكذا ذكر في وكالة الجائع الكبير . ووجهه أن توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشراؤه لغيره ، وهناك يصير هو المطلب بتسليم البذل فكذا هاهنا . وجه الأول وهو الصحيح أن الوكيل من جانب العبد في عتقه سفير فإنه لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الأمر وليس إليه من قبض المعقود عليه شيء فلا يتوجه عليه شيء من المطالبة بتسليم البذل . قال (ومن قال لعبد اشترى في نفسك من مولاك الخ) هذه هي المسئلة الثانية . ومن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو إما أن يضيف العقد إلى موكله أو إلى نفسه أو أطلق ، فإن أضافه إلى موكله بأن قال بعني نفسي لفلان بكذا ففعل المولى ذلك فالفعل أو العبد للآمر ، لأن العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لأنه أجنبي عن مالته لأنها لمولاه ، حتى لو أقر بها لغيره لم يصح ، وله عبارة مؤثرة كالحر والبيع يرد عليه من حيث أنه مال فكان توكله بشراؤها كتوكله بغيره . من أموال المولى وكتوكيل أجنبي بشراء نفسه (إلا أن مالته) يعني هو أجنبي عن مالته إلا أنها بيده ، حتى لو أراد المولى أن يحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع إذا اشترى

(قال المصنف : حتى لا يملك البائع الجليس) أقول : قال القليبي : لكونه قابضا لنفسه بمجرد العقد ، كالمودع إذا اشترى الودية لا يكون للبائع

البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لأن ماليته في يده لكونه مأذونا له فصار كالمودع إذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع حبسها (لاستيفاء الثمن) لكونها مسلمة إليه . قال تاج الشريعة : فإن قلت : الاحتراز عن هذا غير ممكن فلا يصير تسليمها يسقط حق الحبس ، كما قلنا إن قبض الوكيل ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز . قلت : الشرع لا يرد بالخاص . وكون المالية هاهنا في يد العبد أمر حسي لا مرد له ، وكون قبض الوكيل قبض الموكل أمر اعتباري فجاز أن لا يعتبر انتهى . أقول : كل واحد من سؤالي وجوابه منظور فيه . أما السؤال فلأن قوله كما قلنا إن قبض الوكيل ليس بقبض الموكل في أثناء هذا السؤال غل بالمقصود ، لأن حاصل هذا السؤال أن التسليم الكائن فيما نحن فيه لا يسقط حق الحبس لأنه تسليم ضروري لا يمكن الاحتراز عنه ، وما هو كذلك فهو عفو لا يسقط حق الحبس كما مر في حبس الوكيل المبيع لاستيفاء الثمن ، وعلى تقدير أن لا يكون قبض الوكيل قبض الموكل لا يتحقق التسليم إلى الموكل هناك فلا يكون نظير لما نحن فيه . فالوجه أن يقال : بدل ذلك كما قلنا في قبض الوكيل . وتوضيح المقام أن لنا قولين في قبض الوكيل على مامر : أحدهما أن قبض الوكيل قبض الموكل وتسليم إليه لكنه تسليم ضروري لا يمكن التحرز عنه فلا يسقط حق الحبس . وثانيهما أن قبض الوكيل ليس بقبض الموكل في الابتدأ بل هو موقوف فيقع للموكل إن لم يحسبه ونفسه إن حسبه ، وصحة التنظير على القول الأول دون الثاني . وأما الجواب فلأن الفرق بين كون مالية العبد في يده وبين كون قبض الوكيل قبض الموكل بأن الأول أمر حسي لا مرد له ، والثاني أمر اعتباري ، فجاز أن لا يعتبر الثاني دون الأول مما لا يمدى طائلا في قطع مادة السؤال المذكور ، لأن خلاصته منع كون التسليم فيما نحن فيه مسقطا لحق الحبس بناء على كونه تسليما ضروريا لا يمكن الاحتراز عنه لا منع تحقق التسليم فيما نحن فيه ، وكون مالية العبد مما لا مرد له إنما يدفع منع تحقق التسليم فيه لا منع كون التسليم فيه مسقطا لحق الحبس كما لا يخفى . وإما تأثير الفرق المزبور بالنظر إلى ما أوجه في أثناء السؤال المذكور من المقلمة المستتركة المخطئة بالمقصود كما حررته لا بالنظر إلى ماهو المقصود . وقال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك السؤال والجواب : وفيه نظر ، فإن مالية العبد أمر اعتباري وكونها بيده كذلك ، وقبض الوكيل أمر حسي لا مرد له فكان الأمر بالعكس . والصواب أن يقال : القبض أمر حسي إذا قام بمكان

الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة إليه . فإن قلت : الاحتراز عن ذلك غير ممكن فلا يصير تسليمها يسقط حق الحبس كما قلنا في قبض الوكيل إنه ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز . أجب بأن كون مالية العبد في يده أمر حسي لا مرد له ، وكون قبض الوكيل قبض الموكل أمر اعتباري فجاز أن لا يعتبر ، وفيه نظر ، فإن مالية العبد أمر اعتباري وكونها بيده كذلك ، وقبض الوكيل أمر حسي لا مرد له فكان الأمر بالعكس . والصواب أن يقال : القبض أمر حسي إذا قام بمكان لا يعمل في غيره إلا بالاعتبار ، وجاز ترك الاعتبار إذا اقتضاه ضرورة ، وأما مالية العبد فلأنها لا تنفك عن نفسه ، فإذا خرج نفسه عن ملك البائع ومالته لا تنفك سلمت إليه ، ولا حبس بعد التسليم

حبس المبيع لوجود القبض بمجرد العقد سواء اشتراه لنفسه أو لغيره انتهى . وفي الكافي : والمبيع إذا كان في يد الوكيل بالفراء حاضرا في مجلس الشراء لا يكون للبائع حق الحبس لأنه بنفس العقد يصير خليا بين المبيع والمشتري فصار قابضا له بنفس الشراء وصار كالوديعة إذا اشتراها المودع لنفسه أو لغيره والوديعة حاضرة في مجلس البيع فإنه لا يكون لرب الوديعة حبسها بالثمن كذا هنا انتهى . ولعل ذكر حضور المبيع في مجلس الشراء ليصور الحبس فإنه إذا كان في بيت المشتري دون مجلس العقد لا يتصور ذلك غالبا ، لا لأن الحضور شرط لعدم الحبس (قوله لكونها مسلمة إليه) أقول : يعني بالتولية (قوله كما قلنا في قبض الوكيل) أقول : يعني في التفصل السابق (قوله الوكيل حق الحبس عندنا) أقول : خلافا لزم (قوله أجب بأن كون مالية العبد في يده أمر حسي) أقول : أي بمنزلة الأمر الحسي لأنه في يده حقيقة فلا هذا الجواب إلى ما استعجبه أيضا . ويمكن أن يجاب عن قوله فإن قلت الاحتراز الخ بوجه آخر وهو أن الحبس هنا يرد إلى حبس الوكيل والموكل به ولا نظير له ، بخلاف حبس الوكيل عن الموكل (قوله لا مرد له) أقول : أي الحبس (قوله فكان الأمر بالعكس) أقول : إنما يكون كذلك لو كان قبض الموكل أمرا حسيا لا مرد له .

لا يجعل في غيره إلا بالاعتبار ، وجاز ترك الاعتبار إذا اقتضاه ضرورة ، فأما مالية العبد فلأنها لا تنفك عن نفسه ، فلذا خرج نفسه عن ملك البائع ومالته لا تنفك سلت إليه ، ولا حبس بعد التسليم ، إلى هنا كلامه . أقول : في كل واحد من نظر وموجوبه الذي استصوبه بحث . أما في الأول فلأن الأمر الحسي الذي لا مرد له إنما هو قبض الوكيل ، والذي عدناه ناعج الشريعة في جوابه أمرا اعتباريا إنما هو كونه قبض الوكيل قبض الموكل ، وأين هذا من ذلك فلم يكن الأمر بالعكس كما لا يخفى . وأما في الثاني فلأنه إن أراد بعدم انفكاك مالية العبد عن نفسه عدم انفكاكها عنها في نفس الأمر فهو مع كونه بمنوعا في نفسه مناف لما قاله سابقا في النظر من أن مالية العبد أمر اعتباري وكونها بيده كذلك ، وإن أراد بذلك عدم انفكاكها عنها في اعتبار أهل الشرع فلا سائل أن يقول لم يجوز أن يترك أهل الشرع هذا الاعتبار عند اقتضاء الضرورة كما في قبض الوكيل ؟ على أن حاصل هذا الجواب أيضا الفرق بين قبض الوكيل وبين مالية العبد بأن الانفكاك جائز في الأول دون الثاني ، فتعين التسليم هاهنا دون الأول ، وهذا إنما يدفع منع تحقق التسليم هاهنا ، وقد عرفت أن خلاصة السؤال المذكور منع كون التسليم هنا سقطا حتى الحس لا يمنع تحقق التسليم هاهنا ، فلا يتم ما ذكره جوابا عنه ، اللهم إلا أن يكون مراده الصواب في الفرق بين التصورين أن يقال كما ذكره ، لا الصواب في الجواب عن أصل السؤال أن يقلل كذا لكنه بعيد عن إيفاء حق المقام . والأشبه في تقرير ذلك السؤال وتعيين الجواب عنه ما ذكره صاحب الكفاية حيث قال : فإن قيل : وقوع المالية في يد العبد ضروري لا يمكن الاحتراز عنه للمولى فكان كالوكيل له ولاية حبس المبيع عن الموكل وإن كانت يده كيد الموكل حكما لأنه لا يمكن الاحتراز عنه . قلنا : لا يمكن التحرز للوكيل عن هذا في جنس الوكالات ، ولكن يمكن للبائع التحرز عنه في جنس الوكالة بأن يحد عابه لوكيل لا يشترى نفسه انتهى (فلذا أضافه) أي أضاف العبد العقد (إلى الأمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للأمر) هذا نتيجة الدليل . تقريره أن العبد يصلح وكيلًا عن غيره في شراء نفسه لأنه مال ، وكل من صلح وكيلًا عن غيره في شراء مال إذا أضاف العقد إلى الأمر صلح فعله امتثالا ، فالعبد إذا أضافه إلى الأمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للأمر . ثم اعلم أن قوله في الكتاب ففعل فهو للأمر يشير إلى أن العقد يتم بقول المولى بعت ، وهو يخالف ما ذكر في الجامع من أن إضافة العقد إلى الموكل إنما تنفيذه الملك إذا وجد الإيجاب من المولى والقبول من العبد ، حتى لو قال العبد بعتي نفسى من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت ، وهذا بناء على أن الواحد لا يتولى طرفي البيع ، بخلاف ما إذا اشترى لنفسه كما سيأتي فإنه إعتاق على مال مقدر ، والواحد يتولى طرفي الإعتاق إذا كان المال مقدرًا فيتم بقول المولى بعت مسبقا بقول العبد بعتي نفسى . فلنقول : إذا أضاف العبد العقد إلى الأمر فن المطالب بالتمن ؟ قلنا : العبد لأنه الماقد ، فيجب التمن عليه إلا أنه يرجع به على الأمر . فإن قلت : قد يكون العبد مبيعًا عليه ومثله لا ترجع إليه الحقوق . قلت : زال الحجر هاهنا بالعقد الذي باشره مع مولاه ، فإن المباشرة تستدعي تصوريصة المباشرة وهو إذن

(قوله فلذا أضافه إلى الأمر) نتيجة الدليل . وتقريره : العبد يصلح وكيلًا عن غيره في شراء نفسه لأنه مال ، وكل من يصلح وكيلًا عن غيره في شراء مال إذا أضاف العقد إلى الأمر صلح فعله امتثالا ، فالعبد إذا أضافه إلى الأمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد له فهاسا على حرّ توكل بشيء وفعله . وقوله (ففعل فهو للأمر) يشير إلى أن العقد يتم بقول المولى بعت ، وهو يخالف ما ذكره في الجامع من أن إضافة العقد إلى الموكل إنما تنفيذه الملك إذا وجد الإيجاب من المولى والقبول من العبد ، حتى لو قال العبد بعتي نفسى من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على أن الواحد لا يتولى طرفي العقد ، بخلاف ما إذا اشترى لنفسه كما يأتي فإنه إعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفيه فيتم بقول المولى بعت مسبقا بقول العبد بعتي نفسى . فإن قلت : إذا أضاف إلى الموكل فن المطالب بالتمن ؟ أجيب بأنه في ذمة العبد لكونه الماقد . فإن قلت : قد يكون العبد مبيعًا عليه ومثله لا ترجع إليه الحقوق . أجيب بأن الحجر زال بالعقد الذي باشره مع مولاه فإن المباشرة تستدعي تصوريصة المباشرة وهو إذن ، وإن أضافه إلى نفسه فقال بعتي نفسى متى فقال المولى بعت فهو حرّ لأنه إعتاق لما تقدم وقد رضى به المولى دون العاجزة .

(وإن عقد لنفسه فهو حر) لأنه إعتاق وقد رضى به المولى دون المعاوضة ، والعبد وإن كان وكيلًا بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينقذ على الوكيل (وكذا لو قال بعتى نفسى ولم يقل لفلان فهو حر) لأن المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالًا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه .

(وإن عقد لنفسه) أى إن أضاف العقد إلى نفسه فقال بعتى نفسى متى قال المولى بعت (فهو حرّ لأنه إعتاق) لما تقدم (وقد رضى به المولى) لأنه علم أن بيع العبد منه إعتاق (دون المعاوضة) أى لم يرض بها فلا يقع العقد للأحرار . ولما استشعر أن يقال العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف جاز له أن يشتري لنفسه . أجاب بقوله (والعبد وإن كان وكيلًا بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر) وهو الإعتاق على مال فكان مخالفًا (وفي مثله ينقذ على الوكيل) فإن الوكيل بشراء شيء بعينه إذا خالف فأتى بجنس تصرف آخر ينقذ العقد على الوكيل دون الموكّل كما تقرر فيما مر (وكذا لو قال بعتى نفسى ولم يقل لفلان) أى وكذا لو أطلق العبد العقد فقال بعتى نفسى ولم يزد على ذلك (فهو حرّ لأن المطلق يحتمل الوجهين) يعنى الامتثال وغيره (فلا يقع امتثالًا) أى فلا يعمل امتثالًا (بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه) أى لأن الأصل فى التصرف أن يقع عن بارئه . قال صاحب المنايا : وعرض بأن اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم ، وإذا تردّد اللفظ بين أن يحمل على حقيقة وعلى مجازه حل على الحقيقة البتة . وأجيب بأن اللفظ للحقيقة إذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهى إضافة العبد العقد إلى نفسه فإن حقيقته بالنسبة إليه غير متصورة ورضى المولى بذلك ، وإليه أشار بقوله وقد رضى به المولى دون المعاوضة انتهى . أقول : هذا الجواب مما لا يكاد يصح هاهنا لأن الكلام الآن إنما هو فى مسألة الإطلاق عن المولى المولى الإضافة إلى نفسه وإلى الموكّل والقرينة المذكورة إنما وجدت فى مسألة الإضافة إلى نفسه ، وقول المصنف وقد رضى به دون المعاوضة إنما وقع فيها وقد تقدم ذكرها ، وليس ذلك بمورد الاعتراض ولا أساس لهذا الجواب بما نحن فيه أصلاً . لا يقال : ليس المراد بالإضافة إلى نفسه التى عدت قرينة هاهنا الإضافة المارة فى المسئلة المتقدمة الحاصلة من قوله بعتى ، بل الإضافة الحاصلة من قوله نفسى فى قوله بعتى نفسى ، وهذه الإضافة موجودة فى مسألة الإطلاق أيضاً . لأننا نقول : هذه الإضافة لاتصلح أن تكون قرينة للمجاز ،

فإن قيل : العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف جاز له أن يشتري لنفسه ؟ أجاب بقوله لكنه أتى بجنس تصرف آخر وهو الإعتاق على مال فكان مخالفًا فينقذ عليه كما تقدم ، وإن أطلق فقال بعتى نفسى ولم يزد على ذلك فهو حر لأن المطلق يحتمل الوجهين : الامتثال وغيره . فلا يعمل امتثالًا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه لأن الأصل فى التصرف أن يقع عن بارئه . وعرض بأن اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم ، وإذا تردّد اللفظ بين أن يحمل على حقيقة وعلى مجازه حل على الحقيقة البتة . وأجيب بأن اللفظ للحقيقة إذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهى إضافة العبد العقد إلى نفسه فإن حقيقته بالنسبة إليه غير متصورة ورضى المولى بذلك ، وإليه أشار بقوله وقد رضى به المولى دون المعاوضة . لا يقال : فلي هذا لا يكون قوله لأن المطلق يحتمل الوجهين صحيحاً . لأننا نقول : الاحتمال إنما هو من حيث إطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الإنكار وال ترجيح من حيث الإضافة إلى نفسه وهى خارجة عن مفهوم اللفظ .

(قوله فينقذ عليه كما تقدم) أقول : يعنى فى الفصل السابق (قوله وهى إضافة العبد للعقد اليه) أقول : فيه أن الكلام فى الإطلاق عن الإضافة إلى نفسه وإلى الموكّل (قوله ورضى المولى بذلك) أقول : إن أراد رضى المولى مطلقاً فسلم لكن لا يصح أن يكون ذا معنى الحقيقى ، وإن أراد رضاه به دون المعاوضة فغير مسلم لأن رضاه بالإعتاق دون المعاوضة إنما يصح أن لو تميز المعنى المجازى إذا أطلق وحل الزواج إلا فيه (قوله بذلك) أقول : أى بالمعنى المجازى (قوله لأننا نقول الاحتمال إنما هو الخ) أقول : فيه أن المعنى الحقيقى معين من حيث اللفظ إذا قطع النظر عن القرينة (قال المصنف : وكذا لو قال بعتى نفسى الخ) أقول : لا يقال البيع حقيقة فيه وبالتى مجاز فينبغى أن يحمل على الحقيقة عند التردد ، إذ الحمل على الحقيقة هو الأصل بالاتفاق . ولأننا نقول : الأصل أن الإنسان يصرف لنفسه فتعارض الأصول تنساقاً فيرجع إلى غرض اللول ، فإنه لما اختلف التصرّفان والظاهر أن المولى يريد الإعتاق لا بيع العبد من نفسه مطلق إعتاق ، واقتضاه على إعماله إلى العبد دليل عليه ولا يرضى بخروجه عن ملكه إلا إلى الحرية ليحتل له الولاء .

(فصل في البيع)

قال (والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له

إذ لا شك أن مجرد قوله بعني نقسني لا ينافي للمعاوضة ، بل يحتمل أن يراد به بيع نفسه من نفسه وهو الإعتاق على مال وبيع نفسه لغيره وهو المعاوضة ، بل الثاني هو الظاهر نظرا إلى الحقيقة . وقال صاحب العناية : لا يقال فعل هذا لا يكون قوله لأن المطلق يحتمل الوجهين صحيحا . لأننا نقول : الاحتمال إنما هو من حيث إطلاق اللفظ . وذلك لا يحتمل الإنكار والرجوع من حيث الإضافة إلى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ انتهى . أقول : هذا أيضا ليس بصحيح إذ لا إضافة إلى نفسه فيما نحن فيه ، لأن وضعه فيها أطلق ولم يضاف إلى أحد فكيف يتصور الرجوع فيه من حيث الإضافة إلى نفسه . وأيضا إن أراد بقوله وهي خارجة عن مفهوم اللفظ أنها خارجة عن مفهوم مجموع اللفظ الصادر عن العبد في هذه الصورة وهو قوله بعني نقسني فأين توجد الإضافة إلى نفسه حتى تكون قرينة للمجاز ؟ وإن أراد بذلك أنها خارجة عن مفهوم بعض اللفظ الصادر عنه فيها ، وهو قوله بعني فقط فلا يبعد شيئا ، لأن وضع المسئلة في الإطلاق مجموع ما صدر عن العبد ، إذ به تمتاز هذه الصورة عن صورتها الإضافة فلا بد من خروج قيد الإضافة عن مجموع ذلك حتى يوجد الإطلاق المزبور ويصح الاحتمال المذكور . وبالحتملة لاحاصل لهذا الجواب ولا مطابقة فيه لما في الكتاب كما لا يخفى على ذوى الأبواب . والجواب الصحيح عن أصل المعارضة ما ذكره صاحب النهاية والكفاية حيث قال : فإن قيل ينبغي أن يقع الشراء للموكل عند الإطلاق لأن اللفظ لحقيقته في الأصل ، فلما تردد بين الحقيقة والمجاز ينبغي أن يحمل على الحقيقة كما هو الأصل . ولما نحن فيه لو وقع الشراء لموكل كان الشراء معمولا على حقيقته وهي المعاوضة ، ولو وقع للعبد كان معمولا بمجازه لأنه غير موضوع للإعتاق بل هو موضوع للمعاوضة . قلنا : عارضت جهة أصالة الحقيقة جهة أصالة أخرى وهي أن الأصل في تصرف الإنسان أن يقع لنفسه ثم رجعتا هذه الجهة بحسب مقصود البائع ظاهرا وهو أن لا يفوت ولاء العبد له ، فإنه على تقدير وقوع الشراء للموكل يفوت هذا الغرض ، أو نقول : لما وقع التعارض بين الأصلين رجحتا جانب الإعتاق لأنه تصرف مندوب إليه ، والمعاوضة مباحة محضة انتهى .

(فصل في البيع)

لما فرغ من بيان أحكام التوكيل بالشراء شرع في بيان أحكام التوكيل بالبيع ، وما ذكر لتقديم فصل الشراء ثمة فهو وجه تأخير فصل البيع هنا ، كذا في للشروح . أقول : لنقاتل أن يقول : قد ذكر في هذا الفصل كثير من أحكام التوكيل بالشراء ، ولم لم يذكر ذلك في الفصل المتقدم : منها قوله والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز أن يقدم عليه وجهه الخ ، فإن الحكم فيه حكم مشترك بين التوكيل بالبيع والتوكيل بالشراء . ومنها قوله والتوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتخاين الناس في مثلها ، ولا يجوز بما يتخاين الناس في مثله فإن الحكم فيه حكم التوكيل بالشراء . ومنها قوله وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف الخ ، فإن الحكم فيه أيضا حكم التوكيل بالشراء ، فقولهم لما فرغ من بيان أحكام التوكيل بالشراء شرع في بيان أحكام التوكيل بالبيع محل مناقشة . ويمكن الجواب بنوع حناية فتأمل (قال) أي القلدي في منعه (والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له

(فصل في البيع)

لما فرغ من بيان أحكام الشراء بأنواعه ذكر أحكام التوكيل بالبيع ، وما ذكر لتقديم الشراء ثمة فهو وجه تأخير فصل البيع . قال (الوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له

(فصل في البيع)

(قال المصنف : والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له

أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة . وقالوا : يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه)

أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له) أى وسائر من لا تقبل شهادته له كولد ولده وزوجته وعبيده ومكاتبه ، صرح القنورى في مختصره بهذه الأمثلة : إلا أن المصنف قصد الإجمال فقال بلغنا : ومن لا تقبل شهادته له . قال الشارح العيني في تمثيل قوله ومن لا تقبل شهادته له مثل ابنه وأخيه . أقول : في تمثيله الثانى بخط ظاهر ، فإنه تقبل شهادة الأخ لأخيه بلا خلاف كما مر في كتاب الشهادة (عند أبي حنيفة رحمه الله) والمراد بعدم جواز البيع والشراء مع هؤلاء عند أبي حنيفة عدم جواز ذلك عنده في مطلق الوكالة . وأما إذا قيد الوكالة بعموم المشيئة بأن قال بيع من شئت فيجوز بيعه وشراؤه مع هؤلاء بلا خلاف ، بخلاف البيع من نفسه أو من ابن صغيره حيث لا يجوز وإن قال ذلك ، كما صرح به في المبسوط ، ونقل عنه في النهاية ومراجع الدراية (وقالوا : يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) قال بعضهم : تخصيص البيع بالذكر من قبيل الاكتفاء بذكره من الشراء وإلا ففيه خلاف أيضا . وقال صاحب النهاية : خص قولهما في الكتاب في حق جواز البيع منهم بمثل القيمة ، وكذلك في شرح الطحاوى فكان فيه إشارة إلا أنه لا يجوز عندهما أيضا في الثمن اليسير ، وإلا لم يكن لتخصيص مثل القيمة فائدة . ولكن ذكر في اللخيرة أن البيع منهم بالثمن اليسير يجوز عندهما فكان الثمن اليسير ملحقا بمثل القيمة على ذلك التقدير فقال فيها الوكيل بالبيع إذا باع من لا تقبل شهادته له إن كان بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف ، وإن كان بأقل من القيمة يفتى فاحش لا يجوز بالإجماع ، وإن كان بغير يسير لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما يجوز ، وإن كان بمثل القيمة ، فمن أبي حنيفة وروايان ، في رواية الوكالة والبيع لا يجوز ، وفي رواية المضاربة يجوز . وبيع المضارب وشراؤه من لا تقبل شهادته له بغير يسير لا يجوز عند أبي حنيفة ، وبيعه منه بأكثر من القيمة وشراؤه منه بأقل من القيمة يجوز بلا خلاف ، وبمثل القيمة يجوز عندهما ، وكذلك عند أبي حنيفة باتفاق الروايات . فأبو حنيفة فرق على رواية الوكالة والبيع بين المضارب وبين الوكيل انتهى كلامه . فإن قيل : ما وجه الفرق لأبي حنيفة على هذه الرواية بين المضارب والوكيل حيث يجوز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح أو لم يظهر مع أن له قبل ظهور الربح حكم الوكيل . أجيب بأن وجه أن المضارب أهم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال فيه ، وقد يكون نالبا محضا في بعض الأحوال فلشبهه بالمستبد بالتصرف جاز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة ، ولشبهه بالنائب لم يميز تصرفه معهم بغير يسير ، فأما الوكيل فثائب محض في تصرف خاص فيكون متهما في تصرفه مع هؤلاء في حق الموكل وإن كان بمثل القيمة (إلا من عبده أو مكاتبه) فإنه لا يجوز عندهما أيضا ، قيد في المبسوط بقوله إلا من عبده الذى

أن يعقد مع أبيه وجده الخ) وإذا وكل شخصا بالبيع أو الشراء أو هما لا يجوز له أن يعقد مع من لا تقبل شهادته له إذا كانت مطلقة من التقييد بعموم المشيئة عند أبي حنيفة رحمه الله بمثل القيمة (وقالوا : يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه) وجارية الكتاب تدل على أن البيع منهم بغير يسير لا يجوز ، وهو المذكور في شرح الطحاوى . وذكر في اللخيرة أن ذلك يجوز عندهما فكان الثمن اليسير على ذلك التقدير ملحقا بمثل القيمة ، ولا بد من تقرير الأقوال قبل الدلائل فتقول : عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من لا تقبل شهادته له إن كان بأكثر من القيمة في البيع وأقل منها في الشراء فهو جائز بلا خلاف وعكسه غير جائز كذلك ، وبغير يسير كذلك على ما ذكر في الكتاب وشرح الطحاوى ،

أن يعقد مع أبيه وجده الخ) أقول : إذا كان البيع منهم بغير يسير لا يجوز على ما ذكر في شرح الطحاوى موافقا لما في النهاية ، وذكر في اللخيرة أن ذلك يجوز عندهما وهو مقتضى الدلائل المذكورة في الكتاب (قوله عند أبي حنيفة بمثل القيمة) أقول : ممتلئ بقوله أن يعقد (قال المصنف : وقالوا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) أقول : تخصيص البيع بالذكر من قبيل الاكتفاء بذكره من الشراء ، وإلا ففيه خلاف كما يعلم من الشروح (قوله وعبارة الكتاب) أقول : المراد منه قوله بمثل القيمة (قوله يدل على أن البيع منهم بغير يسير لا يجوز) أقول : إلا أن دلائلها يقتضى جوازها ، فالظاهر على ما في رواية اللخيرة (ولحق الثمن اليسير بمثل القيمة) قوله وعكسه غير جائز) أقول : متى بغير فاحش (قوله كذلك) أقول : متى بلا خلاف .

لأن التوكيل مطلق ولا تهمه إذ الأملك متبينة والمنافع منقطعة ، بخلاف العبد لأنه يبيع من نفسه لأن ماني يد العبد للمولى ،

لأدين عليه لأن كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه ، فكان فيه إشارة إلى أنه لو كان عليه دين يجوز بيعه منه عند تعميم المشبه ، كذا في النهاية ومراجع النراية. قال بعض الفضلاء : فيه تأمل ، فإن العبد الذي عليه دين يحيط بما في يده ملك لمولاه عند أبي يوسف ومحمد فلا يظهر للتقييد فائدة انتهى . أقول : نعم إن العبد الذي عليه دين يحيط بما له وربيته يملك مولاه ماني يده عندهما إلا أنه يتعلق به حق الغرماء ، حتى لو أعتق مولاه من كسبه عبداً يعتق عندهما ولكن يضمن قيمته للغرماء ، وأما عند أبي حنيفة فلا يملك مولاه ما في يده ، ولو أعتق من كسبه عبداً لا يعتق . ففائدة التقييد تظهر بناء على تعلق حق الغرماء بما في يده عندهما أيضاً حتى يصير مولاه ممنوعاً عن أن يتزعه من يده ، ولهذا جاز بيع العبد المأذون الذي عليه دين من مولاه شيئاً من أكسابه يبيع مولاه منه شيئاً من أمواله عندهم جميعاً ولم يميز بيع العبد المأذون الغير المديون شيئاً من مولاه ولا يبيع مولاه شيئاً منه عندهم أصلاً ، وسيتكشف ذلك كله في كتاب المأذون ، فقوله في المبسوط لأن كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه معناه أن كسبه ملك خالص لمولاه لم يتعلق به حق الغير فبيعه منه كبيعه من نفسه ، بخلاف العبد المديون . قال المصنف في تحليل ما ذكر في الكتاب من جانبهما (لأن التوكيل مطلق) أي عن التقييد بشخص دون آخر ، والمطلق يعمل بإطلاقه فكان مقتضى موجودا والمنافع منتف ، لأن المنافع هو التهمة (ولا تهمه هاتنا) لأنها إما أن تكون من حيث إظهار العين أو من حيث إظهار المالية وليس شيء منهما موجود ، أما الأول فلما ذكره بقوله (إذ الأملك متبينة) ألا يرى أنه يحمل للابن وطه جارية نفسه ولا يحمل له وطه جارية أبيه ، ولو لم يكن ملكه متبينة من ملك أبيه لكانت جاريته جارية مشتركة ولما حل له وطوها كما لا يحمل له وطه جارية أبيه (والمنافع منقطعة) لأن تبين الأملك يوجب انقطاع المنافع ، وإذا كان الأمر كذلك فلا نفع له من حيث إظهار العين فلا تهمه . وأما الثاني فلأن التقدير يمثل القيمة ينفيه ، فإذا وجد مقتضى وانثنى المنافع وجب القول بالجواز كما في البيع من الأجنبي (بخلاف العبد) يعنى الذى لأدين عليه لما عرفت (لأنه يبيع من نفسه) أي لأن يبيع الركيل من مثل ذلك العبد يبيع من نفسه (لأن ما في يد العبد) أي ما في يد مثل ذلك العبد (للمولى) أي ملك خالص للمولى لاحق فيه للغير ، فصار البيع

وعلى ما ذكر في السخيرة جاز عندهما ، ويمثل القيمة عندهما جائز باتفاق الروايات ، غير جائز عند أبي حنيفة في رواية الوكالة والبيع وهو المذكور في الكتاب ، وفي رواية المضاربة جائز . إذا عرف هذا فالدليل على المذكور في الكتاب في جانبهما قوله لأن التوكيل مطلق : أي عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل بإطلاقه فكان مقتضى موجودا والمنافع منتف ، لأن المنافع هو التهمة ولا تهمه هاتنا ، لأنها إما أن تكون من حيث إظهار العين أو المالية وليس شيء منهما موجود . أما الأول فلأن الأملك متبينة حيث يحمل للابن وطه جارية نفسه ولو لم يكن ملكه متبينة من ملك أبيه لكانت جاريته جارية مشتركة ، ولما حل له وطوها ولا يحمل له وطه جارية أبيه (والمنافع منقطعة) لأن تبين الأملك يوجب انقطاع المنافع ، وإذا وجد مقتضى وانثنى المنافع وجب القول بالجواز كما في البيع من الأجنبي ، وإنما لم يجوز من عبده ؛ يعنى الذى لا دين عليه

(قوله والمطلق يعمل بإطلاقه) أقول : صرح الفارح في كتاب الرجوع عن الشهادة بأن الإطلاق ككلمة كل فتذكر (قوله لأنها إما أن تكون من حيث إظهار العين ألب) أقول : أي من حيث إظهار هؤلا بالعين أو بالمالية فيه بحث ، بل الظاهر أن المراد إظهار نفسه بأسمها (قوله أما الأول فلأن الأملك متبينة ألب) أقول : فلا تقع له في إظهار العين فلا تهمه (قوله ولا يحمل له وطه جارية أبيه) أقول : فيه بحث (قوله وأما الثاني فلأن التقدير ألب) أقول : ولأنه إظهار لنفسه بالمالية ، ثم إن المفهوم من تمليه أنه لو لم يقدر يمثل القيمة لوجد إظهار المالية لنفسه وليس كذلك ، ولا مجال لحمل كلامه على إظهار من رده شهادته له كما هو مقتضى تقدير بعض الثرور وهو الظاهر ، لأن قوله وليس شيء منهما موجود يمتنع عن الحيل عليه . والجواب أن المراد من قوله وليس فيه منهما : أي التهمتين من تهنك الحيتيتين فأمثل .

وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز . وله أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات ، وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيما من نفسه من وجه ، والإجارة والصرف على هذا الخلاف .

منه بيما من نفسه ، والبيع من نفسه غير جائز لأن الواحد إذا تولى طرفي البيع كان مستريدا مستقضا قابضا مسلما غاصبا خاصيا في العيب ، وفيه من التضاد ما لا يخفى (وكذا للمولى حق في كسب المكاتب) حتى لاتصح تبرعاته ولا ترويع عبده (وينقلب حقيقة بالعجز) يعني وقد ينقلب حق المولى في كسب المكاتب إلى حقيقة الملك بسجور المكاتب عن أداء بدل الكتابة فصار كالعبد (وله) أي ولأبي حنيفة (أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات) يعني سلمنا أن التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لأنها شرعت للإعانة فكانت مواضع أمانة (وهذا) أي ما نحن فيه (موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة) أي فيها بينهم (ولأن المنافع بينهم متصلة) لأن كل واحد منهم ينضغ بمال الآخر عادة فصار مال كل واحد منهم كمال صاحبه من وجه (لصار) أي بيع التوكيل من هؤلاء (بيما من نفسه من وجه) فكان فيه تهمة إظهار العين . قال صاحب العناية في شرح دليل أبي حنيفة هاهنا : ولأبي حنيفة القول بالموجب . أقول : ليس الأمر كذلك . لأن القول بالموجب على ما تقرر في كتب الأصول التزام ما يلزمه المعلن مع بقاء الخلاف ، وهاهنا ليس كذلك لأن حاصل التعليل المذكور من قبلهما أن التوكيل مطلق والتهمة منتفية لتباين الأملاك وانقطاع المنافع . وحاصل ما ذكر من قبله أن التهمة متحققة والمنافع متصلة ، والظاهر أن مال هذا منع لما علل به من قبلهما لتسليم التزام ، فلم يكن له من القول بالموجب في شيء . نعم فيه تسليم مقدمة واحدة من التعليل المذكور وهي أن التوكيل مطلق لكن لا يهمل بها وحدها مطلوبا فلا يكون تسليمها تسليما لتعليل المذكور من قبلهما كما لا يخفى . قال المصنف (والإجارة والصرف على هذا الخلاف) يعني أن الوكالة بالإجارة والصرف على هذا الخلاف المذكور ، وإنما خصهما بالذكر لأن الإجارة شرعت على خلاف القياس ، لأن المفقود عليه وهو المنافع معدومة ، والصرف مشروط بشروط عرى عنها غيره فكان ما يظن عدم جوازه مع هؤلاء بالإجماع ، فبين أن الحكم فيما كالحكم فيها سواهما ، كذا في الشروح . أقول : السلم أيضا شرع على خلاف القياس وله شروط مخالفة للغير ، فكان الأحسن أن يذكره المصنف معهما ، كما قال في المختلف حيث

لأنه بيع من نفسه . لأن ما في يد العبد لولاه ، والبيع من نفسه غير جائز لأن الواحد إذا تولى طرفيه كان مستريدا مستقضا قابضا مسلما غاصبا خاصيا في العيب ، وفي ذلك من التقابل الذي لا يتحقق قيام مقابليه بمحل واحد في حالة واحدة . وكذا للمولى حق في أكساب المكاتب حتى لاتصح تبرعاته ولا ترويع عبده وينقلب حقيقة بالعجز فصار كالعبد . ولأبي حنيفة رحمه الله القول بالموجب : يعني سلمنا أن التوكيل مطلق ، لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لأنها شرعت للإعانة فكانت موضع أمانة . وهي موجودة هاهنا بدليل عدم قبول الشهادة : ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيما من نفسه من وجه فكان فيه تهمة إظهار العين . فإن قيل : ما الفرق لأبي حنيفة رحمه الله في تجوز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح أو لم يظهر مع أن له قبل ظهوره حكم التوكيل ؟ أجيب بأن المضارب أمم تصرفا من التوكيل ، فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك وبه المال نبيه . كما إذا صار المال عروضا فجاز أن يجوز تصرفه مع هؤلاء نظرا إلى جهة استبداده ، والإجارة والصرف على هذا الخلاف ، وإنما خصهما بالذكر لأن الإجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط بشروط عرى

(قوله يعني التولي لادين عليه) أقول : فيه تأمل . لأن العبد الذي عليه دين محبط بما في يده ملك لولاه عند أبي يوسف ومعه فلا يظهر لتفنيده فائدة (قوله لأن الواحد إذا تولى طرفيه البتة) أقول : ولأن فيه مانع التهمة وهو إظهار العين ، لكن ما ذكره المقابله أهم حيث بين جوازه وإن صرح به المولى ، إلا أنه ينبغي بحث لأن الأب والمولى يتوليان طرفي العقد كما إذا اشترى الأب مال ولده المصنف لنفسه أو باع ماله منه ، وكذا الوصي ، إلا أن يقال تمتد الجهة مجوز للإجماع فليتأمل (قوله وفي ذلك من التقابل الذي لا يتحقق قيام مقابليه) أقول : الضمير في قوله مقابليه راجع إلى التقابل (قوله وهي موجودة هاهنا) أقول : قوله وهي راجع إلى التهمة في قوله لكن مواضع التهمة مستثناة (قال المصنف : ولأن المنافع بينهم متصلة) أقول : هذا الدليل لا يجرى في الأخير .

قال (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : لا يجوز بيعه بتقصان لا يتغابن الناس فيه ، ولا يجوز إلا بالدرهم والدنانير) لأن مطلق الأمر يقتيد بالمتعارف لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها ، والمتعارف البيع بمن المثل وبالتقود ولهذا يقتيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والأضحية بزمان الحاجة ، ولأن البيع بثمن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ، وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناول مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الأب والوصى . وله أن التوكيل بالبيع مطلق فيجوز على إطلاقه في غير موضع الهبة ،

قال فيه بعد بيان الخلاف المذكور : والسلم والصرف والإجارة على هذا الخلاف (قال) أي القدوري في مختصره (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة) ويجوز بيعه بأجل غير متعارف أيضا عنده ، صرح به في الذخيرة وغيره ، ولقب هذه المسئلة التوكيل بالبيع مطلقا بملك البيع بما عزّ وهان وبأن من كان وإلى أي أجل كان متعارفا وغير متعارف كذا قالوا (وقالوا) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (لا يجوز بيعه بتقصان لا يتغابن الناس فيه) أي لا يجوز بيعه بثمن فاحش ويجوز بثمن يسير (ولا يجوز إلا بالدرهم والدنانير) أي لا يجوز إلا بالتقود ، وكذا لا يجوز بيعه عندهما إلا بأجل متعارف . قال في الذخيرة : وإذا باع بأجل متعارف فيها بين التجار في تلك السلعة جاز عند علمائنا ، وإن باع بأجل غير متعارف فيها بين التجار في تلك السلعة بأن باع مثلاً إلى خمسين سنة أو ما أشبه ذلك فعل قول أبي حنيفة يجوز ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد لا يجوز وقال : إنما يجوز البيع بالنسيئة إذا لم يكن في لفظه ما يدل على البيع بالتقيد ، فأما إذا كان في لفظه ما يدل على البيع بالتقيد لا يجوز البيع بالنسيئة نحو أن يقول بع هذا العبد فاقض ديني ، أو قال بع فلان الفراء يلازم موتي ، أو قال بع فلاني أحتاج إلى نفقة عيالي في هذه الصور ليس له أن يبيع بالنسيئة انتهى . قال المصنف في تحليل ما ذكر في الكتاب من جابهما (لأن مطلق الأمر يقتيد بالمتعارف) أي بما هو متعارف بين الناس (لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها) أي فتتقيد التصرفات بمواقع الحاجات (والمتعارف البيع بمن المثل وبالتقود ولهذا) أي ولأجل يقتيد التصرفات بمواقعها (يقتيد التوكيل بشراء الفحم) وفي بعض النسخ الفحم مكان الفحم ، لكن الفحم أثيق لقران قوله بزمان الحاجة ، إذ كل الأزمان زمان الحاجة إلى الفحم ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (والجمد) بسكون الميم لا غير هو ما جمد من الماء فكان فيه تسمية للاسم بالمصدر ، كذا في الصحاح والديوان (والأضحية بزمان الحاجة) متعلق بيقيد : أي يقتيد التوكيل بشراء هذه الأمور بزمان الحاجة فيقتيد التوكيل بشراء الفحم بأيام البرد ، وبشراء الجمد بأيام الصيف ، وبشراء الأضحية بأيام النحر أو قبلها ، كل ذلك من تلك السنة ، حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الأمر (ولأن البيع بثمن فاحش بيع من وجه) وهو ظاهر (وهبة من وجه) ولهذا لو حصل من المريض كان معتبراً من الثلث ، والأب والوصى لا يملكانه ، وهو وكيل بالبيع دون الهبة (وكذا المقايضة) أي البيع بالعرض (بيع من وجه وشراء من وجه) لأنه من حيث أن فيه إخراج السلعة من الملك بيع ، ومن حيث أن فيه تحصيل السلعة في الملك شراء (فلا يتناول) أي فلا يتناول البيع بثمن فاحش وبيع المقايضة (مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الأب والوصى) لأن المطلق ينصرف إلى الكامل (ولأن حنيفة أن التوكيل بالبيع مطلق) أي غير مقيد بشيء (فيجوز) أي يجري المطلق (على إطلاقه في غير موضع الهبة) فيتناول كل ما يطلق عليه البيع . قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : ولأن حقيقة القول بالموجب : أي سلمنا أن

صها غيره فكان مما يؤم جوازها مع هؤلاء ، فبين أن الحكم فيها كهيها سواءها كذا قيل . قال (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض) التوكيل بالبيع يجوز أن يبيع بثمن قليل وكثير وبعرض عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : لا يجوز بثمن فاحش ولا بغير التقود ، لأن مطلق الأمر يقتيد بالمتعارف عرفاً ، إذ التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها ، والمتعارف

(قال المصنف : فتتقيد بمواقعها) أقول : فيه بحث (قوله فبين أن الحكم فيها كهيها سواءها) أقول : قوله فيها سواءها متعلق بقوله هو ، وقوله كهي متعلق بقوله للحكم ..

والبيع بالغبن أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتبرم من العين ، والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة رحمه الله على ما هو المروي عنه ،

التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجرى على إطلاقه في غير موضع التهمة . أقول : هذا أقبح مما قاله في المسئلة الأولى ، إذ لم يقل انحصم هنا قط إن التوكيل بالبيع مطلق . بل قال إن مطلق الأمر يتقيد بالتعارف : يعني أن ما هو في صورة الإطلاق من الأمر فهو مقيد في الحقيقة بالتعارف ، فلم يقع منه الحكم بأن التوكيل بالبيع مطلق حتى يصير محلاً للمنع أو التسليم ، فلا يتصور أن يكون ما ذكر من قبل أبي حنيفة هاهنا قولاً بالموجب يتسلم أن التوكيل بالبيع مطلق . والحق أن حاصل معنى الكلام المذكور منع لكون مطلق الأمر هاهنا مقيداً بالتعارف بناء على قاعدة لزوم إجراء المطلق على إطلاقه في غير موضع التهمة ، وأن حاصل معنى قوله (والبيع بالغبن أو بالعين) أي العرض (متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتبرم) أي السامة (من العين) تنزل في الجواب من المنع المذكور : يعني سلمنا أن مطلق الأمر يتقيد بالتعارف ، لكن البيع بالغبن أو العين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن لتجارة رابحة أو لغيرها . وعند التبرم من العين . وفي هذا لا يباي بقله الثمن وكثرته وتقديده الثمن وعرضيته فكان العرف مشتركاً فلم يصلح حجة لأحد الخصمين على الآخر (والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة على ما هو المروي عنه) أي من المسائل المستبعد بها من قبل انحصم . وهي مسائل شراء الفهم والجهد والأصحية ليست بمسئلة على قول أبي حنيفة ، بل هي مروية عن أبي يوسف على ذلك الوجه . وأما عند أبي حنيفة فهي على إطلاقها لا تتقيد بزمان الحاجة . قال في غاية البيان : ولئن سلمنا أنها تتقيد على قول أبي حنيفة أيضاً فنقول : إنما تتقيد بدلالة الغرض لا بدلالة العادة لأن الغرض من شراء الفهم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء ، والغرض من شراء الجهد دفع ضرر الحر وذلك يختص بالصيف ، حتى لو انعدمت هذه الدلالة بأن وجد التوكيل ممن يتبادر ترصص الفهم كالحلادين أو ترصص الجهد كالقفاحين لا يتقيد التوكيل ، كما قال الإمام علاء الدين العاملي في طريقة الخلاف . وكذا التوكيل بالأصحية يتقيد بأيام النحر بالغرض لا بالعادة ، لأن غرض الحرل خروجهم من عبدة الوجوب الذي يلحقه في أيام تلك السنة انتهى . وقال في الكافي : ولأنه مطلق في حق الوقت لا عام فلم يتناول إلا واحداً ،

البيع ضمن المثل وبالتقود ولهذا يتقيد الوكيل بشراء الفهم بأيام البرد ، وبالجهد بسكون الميم : ما جمد من الماء لشدة البرد ، تسمية للاسم بالمصدر بأيام الصيف ، وبالأصحية بأيام النحر أو قبلها ، كل ذلك من تلك السنة ، حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الأمر ، ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ، ولهذا لو حصل من المريض كان من الثلث والأب والوصي لا يملكه ، وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه لأنه من حيث أن فيه إخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث أن فيه تحصيل السلعة في الملك شراء فلا يتناول مطلق اسم البيع لأن المطلق يتصرف إلى الكامل . ولأن حنيفة رحمه الله القول بالموجب أي سلمنا أن التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجرى على إطلاقه في غير موضع التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع (قوله والبيع بالغبن) تنزل في الجواب : يعني سلمنا أن المطلق يتقيد بالتعارف ، لكن البيع بالغبن أو بالعين : أي العرض متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن لتجارة رابحة أو لغيرها ، وعند التبرم من العين وعند ذلك لا يباي بقله الثمن وكثرته ، فكان العرف مشتركاً لا يصلح دليلاً لأحد الخصمين ، بل المتنازع فيه يكون داخلاً تحت ما يدهيه انحصم فينتفع بزاعه أو تظهر مكابرتة . والمسائل المذكورة مروية عن أبي يوسف رحمه الله على ذلك الوجه . وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فهي على إطلاقها والبيع بالغبن أو العين بيع من كل وجه ، حتى أن من حلف لا يبيع يبعث بالبيع بالغبن أو العين فلما جعل هذا يبيعاً مطلقاً في العين جعل في الوكالة

(قوله لكن المطلق يجرى على إطلاقه إلخ) أقول : الأوجه أن يوجه بأن التوكيل بالبيع مطلق ، والعرف السلي لا يصلح لتقيد المطلق كما قالوا في كتاب الأيمان ، بل الذي يصلح لتقيد هو العرف العقلي ، ولوسلم فالعرف السلي مشترك فلا يجوز تقيد المطلق مع التضارب فيتناول . ثم أقول : صريح في أوائل فصل الشراء في دليل مسئلة إجماعية بأن العرف أمك فلا مخالفة لأن مراده ثمة العرف العقلي لا السلي (قوله أو لغيرها) أقول : خصص بالبيع بالغبن (قوله بل المتنازع فيه يكون داخلاً تحت ما يدهيه) أقول : من قوله فتتقيد بمواقفها .

وأنه بيع من كل وجه ، حتى أن من حلف لا يبيع بحث به ، غير أن الأب والوصى لا يملكانه مع أنه بيع لأن ولايتهما نظرية ولا نظرية ، والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما .

وقد صار المتعارف مراداً فلم يبق غيره مراداً ، فأما هذا فعام انتهى . وهكذا ذكر في الكفاية أيضاً (وأنه أي البيع بالعين بيع من كل وجه) جواب عن قولهما ولأن البيع بعين فاحتش بيع من وجه وربة من وجه : يعني لاسلم أنه كذلك بل هو بيع من كل وجه (حتى أن من حلف لا يبيع بحث به) أي بالبيع بعين فاحتش ، فلما جعل هذا بيعاً مطلقاً في العين جعل في الوكالة كذلك . واعترض عليه بأنه لا يلزم من جريان العرف في العين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع ، ألا يرى أنه لو حلف لا يأكل لحماً فأكل لحماً قديداً حنث ، وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحماً قديداً وقع على المشتري لاحل الأمر . وأجيب بأن التوكيل بشراء اللحم إنما يقع على لحم يباع في الأسواق والقديد لا يباع بها عادة فلا يقع التوكيل عليه ، فلم بهذا أن العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب لذلك . وأما البيع بالعين فلا يخرج من كونه بيعاً حقيقة وعرفاً ، أما حقيقة فظاهر ، وأما عرفاً فيقال بيع رابع وبيع خاسر ، كذا في العناية أخيراً من النهاية . أقول : في الجواب بحث لأن حاصله الاعتراف باختلاف العرف في حق العين والبيع والتشبه بادعاء أن البيع بعين فاحتش لا يخرج من كونه بيعاً حقيقة ولا عرفاً ، فردد عليه أنه إن أريد أنه لا يخرج من كونه بيعاً من وجه فهو مسلم ، لكن لا يحصل به الجواب عما قاله والكلام فيه ، وإن أريد أنه لا يخرج من كونه بيعاً من كل وجه فهو ممنوع إذ هو أول المسئلة حيث لا يقبل به الخصم بل يدعي أنه بيع من وجه وربة من وجه ، ونحن بصدد الجواب عنه بمسئلة العين ، فإذا ورد الاعتراض عليه باختلاف العرف والحكم في حق العين والبيع فكيف يصح الجواب عنه بالمصير إلى الأصل المتنازع فيه (غير أن الأب والوصى لا يملكانه) جواب عن سؤال مقدر تقريره لو كان البيع بعين فاحتش بيعاً من كل وجه لملكه الأب والوصى : يعني أن الأب والوصى لا يملكانه البيع بعين فاحتش (مع أنه بيع) أي من كل وجه (لأن ولايتهما) أي ولاية الأب والوصى على الصغير (نظرية) أي بشرط النظر في أمر الصغير بالشفقة وإيضاح النفع إليه (ولا نظرية) أي في البيع بعين فاحتش (والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه) جواب عن قولهما ، وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه : يعني لاسلم أن المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه ، بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه (لوجود حد كل واحد منهما) قال صاحب العناية : وهي مبادلة المال بالمال على وجه

كذلك . واعترض بأنه لا يلزم من جريان العرف في العين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع ، ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل لحماً فأكل لحماً قديداً حنث ، وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحماً قديداً وقع على المشتري لاحل الأمر . وأجيب بأن التوكيل بشراء اللحم إنما يقع على لحم يباع في الأسواق ، والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه ، فلم بهذا أن العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب لذلك . وأما البيع بالعين فلا يخرج من كونه بيعاً حقيقة وعرفاً ، أما حقيقة فظاهر ، وأما عرفاً فيقال بيع رابع وبيع خاسر . فإن قيل : لو كان ذلك بيعاً من كل وجه لملكه الأب والوصى . أجاب بقوله غير أن الأب والوصى لا يملكانه ، ومعناه أن كلامنا في الأمر المطلق بالبيع وهما ليسا بمأمورين . سلمنا ذلك ، لكن ليس أمرهما مطلقاً بل مقيد بشرط النظر ولا نظرية ، ولا نسلم أن المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه لوجود حد كل منهما وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في أول البيوع ، وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه . ويجوز أن يقال البيع في الحقيقة عبارة عن إخراج ملكه

(قوله أن كلامنا في الأمر المطلق الخ) أقول : في مناسبة الجواب للسؤال بحث يظهر بملامة السؤال ومورده (قوله وهو مبادلة المال بالمال الخ) أقول : فيه نظر ، فإن الباء في قوله بالمال هي ياء المقابلة والوض فلا يتناول الحد الفراء . ثم إن أراد أن الحد المذكور حد لكل منهما على حدته كما هو المفهوم من ظاهر تقريره لزم اختلاله حيث يصفق على مقابل المعرفة ، وإن أراد أنه حد للمعين الأعم من كل منهما يكون قوله وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه الخ مجزئ عن الحق لظهور بطلان القول بأن كل ما صدق عليه حد الحيوان لإنسان من كل وجه فليس من كل وجه .

الراضى بطريق الاكتساب كما تقدم في أول البيوع . قال : وكل ماصدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه . أقول : فيه غلط : أما أولا فلأنه لا يمتنع على أحد أن المراد بالبيع في قوله والمقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه هو البيع المقابل للشراء وهو وصف البائع . وأن المراد بالشراء في قوله المزبور هو الشراء المقابل للبيع وهو وصف للمشتري : والحد المذكور : أحق بمبادلة المال بالمال على وجه الرضى بطريق الاكتساب إنما هو حد البيع الذى هو عقد شرعى وهو المجموع المركب من الإيجاب والقبول مع الارتباط الشرعى الحاصل بينهما : فذلك يمحزل عن قوله لوجود حد كل واحد منهما . وأما ثانيا فلأن قوله وكل ماصدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بعد أن جعل هذا الحد حدا لكل واحد من البيع والشراء يقتضى أن يكون كل البياعات الغير المضطارية بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه ، إذ لا يخلو شئ منها عن صدق هذا الحد عليه كما تقدم في أول البيوع ولم يقل به أحد قط . واعترض بعض الفضلاء بوجه آخر على قوله وهو بمبادلة المال بالمال على وجه الرضى بطريق الاكتساب حيث قال فيه نظر : فإن الباء في قوله بمال أى بالمقابلة والموضع فلا يتناول الحد الشراء انتهى . أقول : هذا ساقط لأن بقاء المقابلة والموضع لاثنتان تناول الحد المذكور الشراء ، فإن المقابلة والمواضعة يتحققان في كل واحد من البديلين بلافات ، وإنما بقى حديث دخول الباء على التثنى وسيجىء الكلام فيه . ثم قال صاحب النعائى : ويجوز أن يقال البيع في الحقيقة عبارة عن إخراج ملكه متوصلا به إلى تحصيل ملك غيره ، والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلا إليه بإخراج ملكه ، وكلاهما صادق على المقايضة انتهى . أقول : هذا هو الصواب ، وإن كان مقتضى تحريره أن يكون ضعيفا عنده ، إلا أن المراد بقوله وكلاهما صادق على المقايضة أنها صادقتان على بدل المقايضة معا فلا ينتقض بسائر البياعات ، فإن صدق البيع بالمعنى المزبور في سائرهما محتص بالسلعة وصدق الشراء فيها محتص بالتثنى فيسقط ما قاله بعض الفضلاء من قوله وكلاهما صادق على المقايضة بل على جميع البياعات فى تقريره قصوره انتهى فتدبر . ثم قال صاحب النعائى : فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعى يرد على مجموع مالىين باعتبارين يتعين كل منهما بإطلاق لفظ يخصه

متوصلا به إلى تحصيل ملك غيره له ، والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلا إليه بإخراج ملكه ، وكلاهما صادق على المقايضة . فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعى يرد على مجموع مالىين باعتبارين يتعين كل منهما بإطلاق لفظ يخصه عليه ، وبذلك يتميز البائع عن المشتري ، والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء : فيسقط ما قيل إذا كان بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه فيها إذا رجع أبو حنيفة رحمه الله جانب البيع . وما قيل إذا كان شراء كل وجه كان الوكيل به وكيلًا بالشراء ، وهو لا يملك الشراء بغير فاحش بالاتفاق ، فكان الواجب أن لا يجوز المقايضة إلا إذا كان ما يقابله من العرض مثله في القيمة أو بأقل منه سيرا كما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ، وذلك لأن الموكل أطلق في توكيله البيع فيعتبر ذلك ويرجع جانبه ، ويجوز له أن يبيع بما عزه ، وان ، ولا يلزم الوكيل بالصرف فإنه لا يجوز له أن يبيع بالأقل أصلا لأن موكله لا يملك ذلك بالنسب

(قوله وكلاهما صادق على المقايضة الخ) أقول : بل على جميع البياعات فى تقريره قصوره (قوله فالبيع والشراء يطلقان ، إلى قوله : عليه) أقول : قوله باعتبارين متعلق بقوله يطلقان والضمير في قوله منهما راجع إلى البيع والشراء ، والضمير في قوله يخصه راجع إلى قوله كل والضمير في قوله عليه راجع إلى قوله عقد (قوله فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعى الخ) أقول : ما أشبه كلام الشارح هذا بما قاله شارح رسالة آداب البحث والتعلم والتصميم محمدان بالذات متفاهران بالاعتبار ، ومهد به فترا لاكتشاف مصنف الرسالة بذكر التعلم حيث قال : يحتاج إليها كل معلم ، وبين إضادها بالذات بعض الأفاضل وهو مولانا معين الدين (قوله يتعين كل منهما بإطلاق لفظ الخ) أقول : أى في المقايضة ، بخلاف غيرها ما يقابل فيه السلم بالتقو ، فإن التحسين فيه لا يتوقف على إطلاق اللفظ المختص بل صاحب السلعة بالعلم وصاحب التقو مشتر (قوله وذلك لأن الموكل أطلق في توكيله البيع فيعتبر ذلك ويرجع جانبه) أقول : هذا تامل لقوله السابق بأسطر وهو قوله فيسقط ما قيل الخ ، وقوله فيعتبر ذلك : يعنى يعتبر البيع ، وقوله ويرجع جانبه : يعنى يرجع جانب البيع (قوله لا يجوز له أن يبيع بالأقل) أقول : إذا باع بمجسه .

عليه ، وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء انتهى . أقول : وفيه خلل لأن حاصله أن معنى البيع ومعنى الشراء متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار يتعين كل منهما بإطلاق لفظ يخصه عليه وهو لفظ البيع في البيع ولفظ الشراء في الشراء ، فيمتاز به البائع عن المشتري لكنه ليس بصحيح . أما أولا فلا أنه قد تقرر في كتب اللغة أن لفظ البيع ولفظ الشراء من الأضداد يطلق كل منهما على كل من معنى البيع والشراء ، وصرحوا به في أول كتاب البيوع حتى صرح نفسه أيضا هناك بأن لفظ البيع من الأضداد لفظ واصطلاحا . وقال : يقال باع الشيء إذا شراؤه أحد اشتراه . وإذا كان كذلك فكيف يتيسر اختصاص أحد اللفظين المذكورين بأحد المعنيين المزبورين ، وكيف يتصور تعين أحد هذين المعنيين بإطلاق أحد ذينك اللفظين عليه ، ولا شك أن ما هو من الأضداد يصح إطلاقه على كل من معنييه ، هل أن اتحاد معنى البيع والشراء بالذات مما لم يقل به أحد من النقات ولا يرى له وجه سديد . وأما ثانيا فلا أن البيع كما ينقد بالإيجاب والقبول ينقد أيضا بالتعاطي كما تقرر في البيوع ، وفي صورة التعاطي لا يلزم إطلاق لفظ على شيء منها ، فكيف يتم قوله يتعين كل منهما بإطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء . وأما ثالثا فلا أنه لو تعين كل منهما بلفظ يخصه وامتاز به البائع عن المشتري لكان الصادر من أحد المتعاطيين بيعا ومن الآخر شراء البيت فلم يصح القول بأن المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه ، بل هي حينئذ إما بيع وإما شراء لاخير . اللهم إلا أن يحمل المراد بكونها بيعا وشراء من كل وجه على أنها صالحة لكل واحد منهما قبل صدور العقد ، وأما بعد صدوره فيتعين واحد منهما لكنه تصف . ثم إنه فرع على ما ذكره سقوط بعض ما قيل ها هنا . ولما لم يصح الأصل كما عرفته لم يصح الفرع أيضا لأن صحة الفرع فرع صحة الأصل كما لا يخفى . واعلم أن ها هنا أسئلة وأجوبة يستدعي بعضها تحقيق المقام فنقول : إن قيل من المحال أن يوصف الشيء الواحد بصفة وبضدها في حالة واحدة ، فلو قلنا بأن بيع المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه في ذلك الوقت ثم هذا المحال . قلنا إنما يلزم المحال لو كان ذلك بجهة واحدة ، وليس كذلك فإنه بيع من كل وجه بالنسبة إلى غرض نفسه وشراء من كل وجه بالنسبة إلى غرض صاحبه ، وإنما قلنا هكذا لأن البيع لا يلد له من بيع وميغ ، وليس كل واحد منهما بأول من الآخر في أن يعمل هو مبيعا أو ثمنا ، فحصل كل واحد منهما مبيعا بمقابلة الآخر وثمرنا بمقابلة الآخر . فإن قيل : لأنهم علم الأولوية في أحدهما لأنه لا بد من إدخال الباء في واحد منهما لتحقق إلصاق البدل بالبدل وما دخل عليه الباء يتعين للثمنية لما عرف أن الباء تنصب الأثمان فيحينئذ يتعين الآخر لكونه مبيعا بمجالة . قلنا : قد ذكر في أوائل كتاب البيوع أن الباء إنما تعين ما دخلت عليه بائنية إذا كان ذلك الشيء من المكيلات أو الموزونات من غير الدراهم والدنانير ، فإن الدراهم والدنانير متعينة للثمنية سواء دخلت عليها الباء أو لم تدخل ، والعروض المعنية للبيعية سواء دخلت عليها الباء أو لم تدخل . أما المكيلات والموزونات إذا كانت غير معينة وهي موصوفة بصفة ، فإن دخلت عليها الباء تعين للثمنية ؛ كما إذا قال اشتريت هذا العبد بكذا حنطة جيدة ، وأما إذا لم تدخل عليها الباء فلا تعين لها أيضا . ثم إن كلامنا ها هنا في بيع المقايضة وهي تنفي من المساواة يقال هما قيطان ، أي مساويان ، فكان كلا البديلين معينا فلا يتعين واحد منهما للبيعية ولا للثمنية فلذلك جعل كل واحد منهما مبيعا وثمرنا ، وإن دخلت الباء في أحدهما . فإن قيل : إذا كان بيع المقايضة شراء من كل وجه وبيعا من كل وجه فمن أي وجه رجح أبو حنيفة جانب البيع حتى نقد البيع على الأمر عنده إذا باع الوكيل بالبائع بمرض من الذين الفاحش ؟ قلنا : رجح هوجانب البيع استدلالا بما ذكر في المبسوط في باب الوكالة بالسلم من كتاب البيوع من أن جانب البيوع يتم رجح على جانب الشراء في البيع بمرض ؛ ألا يرى أن أحد المضاربين لو اشترى بغير إذن صاحبه كان مشتريا لنفسه ، ولو باع بغير إذن صاحبه شيئا من مال المضاربة توقف على إجازة صاحبه ، فإن باعه بمرض يتوقف أيضا ، حتى لو أجاز صاحبه كان تصرفه على المضاربة فرمنا أن جانب البيع يتم رجح فيه ، كذا في النهاية ومراجع

فكذا وكيله ، فعليه بهذا وتطبيقه على ما في الكتب ملاحقا بعين البصيرة محمد المصدي لتلقيقه إن شاء الله تعالى .

قال (والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها . ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله)

الدرية . فإن قلت : كما أن كل واحد من عقلي عقد المقايضة بائع بالنسبة إلى عرض نفسه مشترى بالنسبة إلى عرض الآخر كذلك كل واحد من عقلي عقد الصرف بائع ومشتري لما أن عقد الصرف بيع والبيع لابد له من مبيع وغن ، وليس أحد البديلين أولى من الآخر في جعله ميبعا أو غنما ، فجعل كل واحد منهما ميبعا وغنما ، ثم الغن الفاحش يتحمل في بيع المقايضة على قول أبي حنيفة في ظاهر الرواية خلافا لرواية الحسن كما ذكره في الذخيرة والمبسوط ، ولا يتحمل في بيع الصرف على قول الكل باتفاق الروايات كما ذكر في باب الوكالة بالصرف من صرف الميسوط ، فما وجه الفرق بينهما مع اتحادهما في العلة ؟ قلت : الفرق بينهما إنما نشأ من حيث ورود علة عدم جواز بيع الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش هنا أيضا ، وذلك لأن تصرف الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش إنما لا ينعقد على الموكل للثمة ، فإن من إلجأته أنه عقد لنفسه ، فلما علم بالغبن أراد أن يلزم ذلك الموكل ، وهذا المعنى موجود هنا فإن الوكيل يملك عقد الصرف لنفسه كما صرح به في الميسوط . وأما في بيع المقايضة فليس للوكيل أن يبيع من نفسه ولا أن يشتري لنفسه عرض الآخر بمقابلة عرض الموكل ، فلم ترد التهمة التي وردت في حق الوكيل بالشراء فلم يمنع الجواز لذلك في ظاهر الرواية على قول أبي حنيفة . وذكر في الذخيرة أن الوكيل بالصرف إذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف . لأن الغبن على قول أبي حنيفة إن كان يجوز باعتبار أنه بيع من وجه لا يجوز باعتبار أنه شراء من وجه ، إلا أن الشراء أصل في هذا العقد لأن الثمنية في الدوام والدنانير أصل والعبرة للأصل فكان شراء من كل وجه ، والغبن الفاحش لا يتحمل في الشراء بالاتفاق ، وكذا في النهاية . قال صاحب العناية . ولا يلزم الوكيل بالصرف فإنه لا يجوز له أن يبيع بالأقل أصلا لأن موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله انتهى . أقول : فيه نظر لأن موكله إنما يملك البيع بالأقل فيما إذا أعد البدلان في الجنس ، وأما إذا اختلفا فيه فيملكه قطعا كما تقرر في كتاب الصرف . ولا يخفى أن عدم جواز بيع الوكيل بالصرف بغبن فاحش على قول الكل باتفاق الروايات غير منحصر في صورة اتحاد الجنس ، بل يعم صوري اتحاد الجنس واختلافه ، بل المسئلة مصورة في صرف الميسوط بصورة اختلاف الجنس حيث قال فيه : وإن وكله بألف درهم يصره له فباعها بدنانير وحط عنه ما لا يتغابن الناس في مثله لم يبر على الأمر انتهى . فنلزم هذه الصورة قطعا وتكفي في ورود السؤال على ما ذكر في الكتاب . ولعمري إن صاحب العناية قد خرج في شرح هذه المسئلة عن سنن الصواب ، وغبن في تصرفاته غبنا فاحشا ، ومع ذلك قال في آخر كلامه : فليكن هذا وتطبيقه على ما في الكتب ملاحظا بعين البصيرة محمد المتصدي لتطبيقه إن شاء الله تعالى (قال أبي القدوري في مختصره (والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها) وهي الغبن اليسير (ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله) وهو الغبن الفاحش . وقال في شرح الأقطع : وعن أبي حنيفة رواية أخرى أنه يجوز بالقليل والكثير

قال (والوكيل بالشراء يجوز عقده الخ) الوكيل بالشراء يجوز له أن يشتري بمثل القيمة والغبن اليسير دون الفاحش ، لأن التهمة فيه متحققة قطعا اشتراء لنفسه ، فإذا لم يوافق أهله أو قده وجدته خاسرا ألحقه بغيره على ما مر ، حتى لو كان وكيلنا بشراء شيء بعينه قالوا

(قال المصنف : والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها) أقول : قال الإقنول : قال الشيخ الإمام غواهر زاده : يجوز عقد الوكيل جواز عقد الموكل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد ، فلما مال قيمة معلومة عنهم كالتبغ والحم إذا أراد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الأمر قلت الزيادة أو كثرت . قال في بيوع التهمة : وبه يفتي انتهى . وقال الزهلي : هذا كله إذا كان سري غير معروف بين الناس ويحتاج إلى تقويم للمقوين ، وأما إذا كان معروفا كالتبغ والسم والموز والبلبن لا يفتي فيه الغبن وإن قل ولو كان غلسا واحدا انتهى (قال المصنف : ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله) أقول : قال الزهلي : وكذا لا يجوز شراءه بغير التفتين لسم الصافي انتهى . وقد علم ذلك ضمنا في التوكيل بالشراء في شرح قوله ولو وكله بشراء غيره بعينه (قوله أو قد وجدته خاسرا الخ) أقول : فيه أن المراد بعدم الموافقة في صيانة الهداية هو وجدته خاسرا وإلا لا يكون دليلا لمداه فلا وجه لكلمة أو ، والظاهر أن أو تصحيف ، والأصل إذ قد وجدته ثم يمكن أن يمنع عدم كونه دليلا لمداه فليقبل .

لأن التهمة فيه متحقة قلعه اشتراه لنفسه ، فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره على ما مر، حتى لو كان وكيلًا بشراء شيء بعينه قالوا ينقل على الأمر لأنه لا يملك شراءه لنفسه ، وكذا الوكيل بالنيابة إذا تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لأنه لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة ، ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد .

لعموم الأمر ، كذا في غاية البيان . حلل المصنف ما في الكتاب بقوله (لأن التهمة فيه) أي في الشراء (متحقة قلعه) أي فعل الوكيل (اشتراه) أي اشترى الشيء الذي وكل به (لنفسه) أي لأجل نفسه (فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره) وهو الموكل (على ما مر) إشارة إلى ما ذكره في فصل الشراء بقوله لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه ، فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الأمر انتهى . والتهمة في باب الوكالة معتبرة ، ولأن الوكيل بالشراء يستوجب الثمن في ذمة نفسه ويوجب لنفسه مثله في ذمة الأمر ، والإنسان منهم في حق نفسه فلا يملك أن يلزم الأمر الثمن ما لم يدخل في ملكه بلزائه ما يبدله ، ولهذا لو قال : اشترت وقبضت وهلك في يدى فهات الثمن لا يقبل قوله ، بخلاف الوكيل بالبيع ، فإنه لو قال بعت وقبضت الثمن وهلك عندى كان القول قوله ، ولأن أمره بالشراء يلاقى ملك الغير ، وليس للإنسان ولاية مطلقة في ملك الغير فلا يعتبر إطلاق أمره فيه . بخلاف البيع فإن أمره يلاقى ملك نفسه وله في ملك نفسه ولاية مطلقة ولأن اعتبار العموم أو الإطلاق في التوكيل بالشراء غير ممكن ، لأنه لو اعتبر ذلك لاشترى ذلك المتاع بجميع ما يملكه الموكل وبما لا يملكه من المال ، ونحن نعلم أنه لا يقصد ذلك فحملناه على شخص المخصوص وهو الشراء بالتدبير بغير سبيل ، وفي جانب البيع اعتبار العموم ، والإطلاق ممكن لأنه لا يتسلط به على شيء من ماله سوى المبيع الذي رضى بزيوال ملكه عنه . وهذه فروق أربعة بين الوكيل بالبيع والوكيل بالشراء في الفقه الفاضل ذكرت في كتاب البيوع من المبسوط (حتى لو كان وكيلًا بشراء شيء بعينه قالوا) أي المشايخ (ينقل على الأمر) أي ينقل العقد على الأمر وإن كان مع الفقه الفاضل انتفاء التهمة (لأنه) أي الوكيل (لا يملك شراءه) أي شراء ذلك الشيء المعين (لنفسه) وأراد بقوله قالوا عامة المشايخ فإن بعضهم قال : يتحمل فيه الفقه اليسير لا الفاضل . وقال بعضهم : لا يتحمل فيه الفقه اليسير أيضا كما في اللخيرية وغيرهما (وكذا الوكيل بالنيابة إذا تزوج) أي زوج موكله (امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده) أي عند أبي حنيفة ، ذكره محمد في الأصل في أول باب الوكالة في النكاح حيث قال : وإذا وكل رجل رجلًا أن يزوجه امرأة بعينها فزوجها بإياه فهو جائز ، فإن زادها على مهر مثلها فهو جائز في قول أبي حنيفة ، وفي قول أبي يوسف ومحمد وإذا زوجها بما يتغابن الناس في مثله فهو جائز ، وإن زاد أكثر من ذلك لم يلزم الزوج النكاح إلا أن يرضاه ، وإذا وكل رجل رجلًا أن يزوجه امرأة بعينها فزوجها الوكيل فهو جائز وهي امرأته ، ولا يشبه هذا الشراء لو أمره أن يشتري عبداً بعينه فاشتراه الوكيل لنفسه كان العبد للأمر ، إلى هنا لفظ الأصل . قال المصنف في تعليل ما في الكتاب (لأنه) أي الوكيل بالنيابة (لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد) أي في عقد النكاح (فلا تتمكن هذه التهمة) أي تهمة أن يعقد أولاً لنفسه ثم يلقه بغيره (ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد) أي لا يضيفه إلى الموكل حيث يقول اشتريت ولا يقول اشترت لفلان ، يعنى يجوز له الإطلاق ولا يجب عليه الإضافة إلى الموكل فتتمكن تلك التهمة . قال شيخ الإسلام خواجه زاده : جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد كالعبيد والدواب وغير ذلك ، وأما ماله قيمة معلومة عندهم كالحيز

ينقل على الأمر لا انتفاء التهمة لأنه لا يملك أن يشتريه لنفسه . وأراد بقوله قالوا عامة المشايخ رحمهم الله ، فإن بعضهم قال : يتحمل فيه الفقه اليسير لا الفاضل . وقال بعضهم : لا يتحمل فيه اليسير أيضا ، وكذا الوكيل بالنيابة إذا تزوج موكله امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لأنه لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد ولا تتمكن فيه هذه التهمة ، بخلاف الوكيل بالشراء لأنه يطلق

(قال المصنف : وكذا الوكيل بالنيابة) أقول : وكان ينبغي أن لا يجوز عنده أيضا لأن الوكيل من قبل تزوج في معنى الوكيل بالشراء .

قال (والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقيمين . وقيل في العروض « ده نم » وفي الحيوانات « ده يازده » وفي المقاراة « ده دوازده »)

واللحم وغيرهما ، فإذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر وإن قلَّت الزيادة كالفلس مثلا (قال) في بيع التمرة وبه يقى (والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقيمين) هذا لفظ القدوري في مختصره . ويفهم منه أن مقابله ما يتغابن فيه . قال في الذخيرة : تكلموا في الحد الفاصل بين الغنن اليسير والغنن الفاحش ، والصحيح ما روى عن محمد رحمه الله في التوارد أن كل غنن يدخل تحت تقويم المقيمين فهو يسير . وما لا يدخل تحت تقويم المقيمين فهو فاحش . قال : وإليه أشار في الجامع في تعليل مسألة الزكاة . قال المصنف (وقيل في العروض « ده نم » وفي الحيوانات « ده يازده » وفي المقاراة « ده دوازده ») اعلم أن ظاهر سوق الكلام هاهنا يشعر بأن يكون مراده بذكر هذا القول تفسير الغنن الفاحش ، لأن صريح ما ذكره سابقا كان تفسيراً للغنن الفاحش ، فإذا قال بعده : وقيل في العروض البيع كان المتبادر منه أن يكون هذا أيضا تفسيراً للغنن الفاحش ، وأما الذي يقتضيه التطبيق لما عين في سائر المعيرات أن يكون مراده بذلك تفسيراً للغنن اليسير ، وعن هذا كان الشراح هاهنا فرقتين : فهم من تردد في تعيين مراده وجعل كلامه محتملا للمعنيين ولكن ذكر كل واحد منهما بقيل لامن عند نفسه ، ومنهم من جزم بالثاني فقال هذا بيان الغنن اليسير ولم يذكر الاحتمال الآخر . وقال الشارح الكاشي من هذه الفرقة : وكان قوله وقيل معطوفا على ما تضمنه قوله ما لا يدخل تحت تقويم المقيمين . فإنه إذا كان الغنن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويمهم كان ما يدخل تحت تقويمهم غننا يسيرا . والحق عندى أن يكون تفسيراً للغنن اليسير لأنه هو الموافق لما ذكره جمهور الفقهاء . وعامة المشايخ في كتبهم المعيرة ، منهم الإمام البارع علاء الدين الإسيباني فإنه قال في شرح الطحاوى : وروى عن نصير بن يحيى أنه قال : قدر ما يتغابن الناس في العروض « ده نم » وفي الحيوانات « ده يازده » وفي المقاراة « ده دوازده » انتهى . ومنهم الشيخ أبو المين النسفي ، فإنه قال في شرح الجامع الكبير : اختلف المشايخ في الحد الفاصل بين القليل والكثير : منهم من قال ما يتغابن الناس فيه قليل

المقدح حيث يقول اشترت ولا يقول لفلان . ثم بين الغنن اليسير والفاحش فقال (والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقيمين) فيكون مقابله ما يتغابن فيه . قال شيخ الإسلام رحمه الله : هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلد كالعيد والدواب ، فأما ما له ذلك كالغنن واللحم وغيرهما فزاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل ، وإن قلَّت الزيادة كالفلس مثلا لأن هذا ما لا يدخل تحت تقويم المقيمين ، إذ الداخل تحته ما يحتاج فيه إلى تقويمهم . ولا حاجة هاهنا للعلم به فلا يدخل . وقيل الغنن اليسير وهو الظاهر . وقيل الفاحش ، وبساعده سوق الكلام في العروض « ده نم » وفي الحيوانات « ده يازده » وفي المقاراة « ده دوازده » ، فإذا كان الغنن إلى هذا المبلغ كان يسيرا لزم الأمر . وإن زاد على ذلك لزم الوكيل ، والتقدير على هذا الوجه لأن الغنن يز يد بقله التجربة وينقص بكثرها : وقلها وكثرها بقله وقوع التجارات وكثرته ، ووقوعه في القسم الأول كثير وفي الأخير قليل وفي الأوسط متوسط وعشرة دراهم نصاب تقطع به يدعته فجعل أصلا ، والدرهم مال يجبس لأجله فقد لا يتسامح به في الماسكة فلم يعتبر فيها كثر وقوعه يسيرا . والنصف من النصفة فكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع ،

(قال المصنف : والذي لا يتغابن الناس الخ) أقول : قال الإقنافي : قال الشيخ أبو المين النسفي في شرح الجامع الكبير : وسماخ بلخ فسلوا ذلك هل ما قال الغنن أبو القاسم بن شبيب بن إدريس . سكى عنهم أنهم قدروا اليسير في المقاراة به دوازده ، وفي الحيوانات به يازده وفي العروض به نم ، هذا كلامه انتهى . هذا غلط لما في الهداية : فإن المفهوم منه أن المقدر بما ذكر هو الغنن الفاحش (قوله قال شيخ الإسلام : هذا التحديد فيما الخ) أقول : هذا التحديد للفرق وإزالة الاشتباه بين الغنن اليسير والفاحش . فلا يرد أن قوله لأن هذا ما يدخل الخ يدل على اعتبار هذا التحديد لأن المراد بهذا التحديد تحديد كل واحد منهما للفرق بينهما ، وإذا لم يدر قيمته معلومة بل كل زيادة فيه غنن فاحش لايسر الحاجة إلى الفرق (قوله وقيل الغنن اليسير الخ) أقول : أراد صاحب النهاية (قوله وهو الظاهر) أقول : يعنى من سائر الكتب (قوله ويساعده سوق الكلام) أقول : يعنى في الهداية والكافي (قوله في العروض) أقول : مقول القول (قوله فإذا كان الغنن الخ) أقول : توضيح لقليل الأول .

لأن التصرف يكثر وجوده في الأول ويقل في الأخير ويتوسط في الأوسط وكثرة الغبن لقلّة التصرف . قال (وإذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله) لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع ، ألا ترى أنه لو باع الكل بشمن النصف يجوز عنده فإذا باع النصف به أولى (وقالوا : لا يجوز) لأنه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة (إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن ينحصر) لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق ، فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة ، وإذا لم يبيع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز ، وهذا استحسان عندهما .

وما لا يثنان الناس فيه كثير ، ومنهم من قال ما يدخل تحت تقويم المقيمين فهو قليل وما لا يدخل فهو كثير ، ومنهم من قال ذلك مفوض إلى رأى القاضي . ومحمد قدّر في هذا الكتاب : يعنى في الجامع الكبير بده نيم ومشايخ بلغ فصلوا ذلك على ما قاله الفقيه أبو القاسم بن شبيب . حكى عنهم أنهم قدّروا اليسير في العار بده دوازده ، وفي الحيوان بده يازده ، وفي العروض بده نيم انتهى كلامه . إلى غير ذلك من الأئمة الكبار المتفقين على جعل ذلك تقصيرا للغبن اليسير . هذا وإنما كان التقدير في الأقسام المذكورة على الوجه المذكور (لأن التصرف يكثر وجوده في الأول) وهو العروض (ويقل في الأخير) وهو المقارنات (ويتوسط في الأوسط) وهو الحيوان (وكثرة الغبن لقلّة التصرف) لأن الغبن يزيد بقلّة التجربة وينقص بكثرتها ، وقلتها وكثرتها بقلّة التصرف وكثرته ، ثم إن عشرة دراهم نصاب تقطع به يد عترة فجعلت أصلا والدرهم مال يمس لأجله فقد لا يتسامح به في الماسكة فلم يعتبر فيها أكثر وقوعه يسيرا والنصف من النصف فكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع ، فما كان أقل وقوعا منه اعتبر فيه ضعفه ، وما كان أقل من الأقل اعتبر فيه ضعف ضعفه (قال) أى عبد رحمه الله في الجامع الصغير (وإذا وكله) أى إذا وكل رجل رجلا (ببيع عبد) أى ببيع عبده ، وفي بعض النسخ ببيع عبده (فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة) وإنما وضع المسئلة في العبد ليرتب عليه الاختلاف المذكور ، لأنه إذا باع نصف ما وكل يمينه وليس في تفرقه ضرر كاختلطة والشعير يجوز بالاتفاق ، ذكره في الإيضاح . قال المصنف (لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع) فيجوز على إطلاقه ، ونور ذلك بقوله (ألا ترى أنه لو باع الكل) أى كل العبد (بشمن النصف يجوز عنده) أى عند أبي حنيفة (فإذا باع النصف به) أى بذلك الثمن (أولى) أى فهو أولى لأن إمساك البعض مع بيع البعض بمقدار من الثمن أنفع للأمر من بيع الكل بذلك الثمن . وإنما قيد بقوله عنده لأنه لا يجوز عندهما لكونه ضمنا فاشحا . فإن قيل : إنما جاز بيع الكل بشمن النصف لأنه لم يتضمن عيب الشركة ، وأما بيع النصف فيضمن ذلك فكان هذا مخالفة من الوكيل إلى شر فينبى أن لا ينقل على الموكل . قلنا : ضرر الشركة أقل وأهون من ضرر بيع الكل بشمن النصف ، فإذا جاز هذا على قوله فلأن يجوز ذلك وهو أهون أولى (وقالوا : لا يجوز) أى لا يجوز بيع نصف ذلك العبد (لأنه غير متعارف) يعنى أن التوكيل ببيع العبد ينصرف إلى المتعارف ، وبيع النصف غير متعارف (ولما فيه من ضرر الشركة) لأنها عيب (إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن ينحصر) أى الموكل والوكيل (لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق ، فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه) أى البيع الأول (وقع وسيلة) إلى الامتثال (وإذا لم يبيع) الباقي (ظهر أنه) أى البيع الأول (لم يقع وسيلة) إلى الامتثال (فلا يجوز ، وهذا) أى كون البيع موقوفا على أن يبيع النصف الآخر قبل الخصومة (استحسان عندهما) إذ القياس أن لا يوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف ، كذا في معراج الدراية . وقال الزيلعي في التبيين : وقولهما استحسان ، والقياس ما قاله أبو حنيفة

فما كان أقل وقوعا منه اعتبر ضعفه ، وكان أقل من الأقل اعتبر ضعف ضعفه ، والله أعلم . قال (وإذا وكله ببيع عبده فباع نصفه الخ) وإذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجوز على إطلاقه ، واستوضح بقوله : ألا ترى أنه لو باع الكل بشمن النصف جاز عنده ، فإذا باع النصف به أولى . وقالوا : (قوله فإذا باع النصف به أولى) أقول : من أين علم أنه باع النصف به فإنه يجوز أن يبيع النصف بربع الثمن إلا أن يبيع على الظاهر من الحال .

(وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف . فإن اشترى ببقية لزم الموكل) لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثا بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شقشا شقصا . فإذا اشترى الباقي قبل رد الأمر البيع تبين أنه وقع وسيلة فينفذ على الأمر ، وهذا بالاتفاق . والفرق لأني حنيفة أن في الشراء تتحقق التهمة على مامر . وآخر أن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق .

رحم الله اه . والمعنى الأول أنسب بعبارة الهداية كما لا يخفى على الفطن (وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف ، فإن اشترى ببقية لزم الموكل ، لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثا بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شقشا شقصا) النقص : الجزء من الشيء والنصيب ، كذا في المغرب (فإذا اشترى الباقي قبل رد الأمر البيع تبين أنه وقع) أى شراء البعض (وسيلة) إلى الامتثال (فينفذ على الأمر) لأنه يصير كأنه اشترى حصة . قال المصنف (وهذا) أى جواب هذه المسئلة وهو كون الشراء موقوفا (بالاتفاق) بين أئمتنا الثلاثة . ثم اختلف أبو يوسف وعمره في التوكيل بشراء عبد إذا اشترى نصفه ، فقال أبو يوسف : إن أعطاه الأمر جاز . وإن أعطاه الوكيل لم يجز . وقال محمد : إن أعطاه الوكيل جاز ، وإن أعطاه الموكل لم يجز . فأبو يوسف يقول إن العقد موقوف على إجازة الموكل ، ألا يرى أنه لو أجاز صريحا نفذ عليه والإعتاق إجازة منه فينفذ عليه . ولا ينفذ إعتاق الوكيل لأن الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على إجازته فلم ينفذ إعتاقه . وعمره يقول : إنه قد خالف فيها أمره به ، وإنما التوقف عليه من حيث أن الخلاف يتوهم رفقه بأن يشترى الباقي فيرفع الخلاف ، وقيل أن يشترى به بغير مخالفة فإذا أعطاه الأمر لم يجز ، كذا في النهاية والكفاية فغلا عن الإيضاح (والفرق لأني حنيفة) أى بين البيع والشراء (أن في الشراء تتحقق التهمة على مامر) إشارة إلى قوله لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشترى لنفسه النسخ . يعنى أن التهمة متحققة في الشراء دون البيع فافترقا من هذه الحثية (وآخر) أى وفرق آخر لأني حنيفة بين البيع والشراء (أن الأمر بالبيع) في صورة التوكيل بالبيع (يصادف ملكه) أى ملك الأمر (فيصح) أى الأمر بالبيع لولاية الأمر على ملكه (فيعتبر فيه إطلاقه) أى إطلاق الأمر (والأمر بالشراء) في صورة التوكيل بالشراء (صادف ملك الغير) وهو مال البائع (فلم يصح) أى الأمر بالشراء (فلم يعتبر فيه التقييد والإطلاق) أى تقييد الأمر وإطلاقه فيعتبر فيه المتعارف ، والمتعارف فيه أن يشترى

لا يجوز لأن التوكيل به ينصرف إلى المتعارف ويبع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصا ، لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه حصة فيحتاج إلى التصديق ، فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة ، وإن لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز ، وهذا استحسان عندهما ، فإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف بالاتفاق لما ذكر من الدليل آتيا في التوكيل بالبيع . والفرق لأني حنيفة رحم الله أن التهمة في الشراء متحققة على ما مر من قوله فلعله اشترى لنفسه النسخ . وفرق آخر أن الأمر في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الإطلاق فيملك بيع العبد كله أو نصفه ، وأما الأمر بالشراء فإنه صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق : أى إطلاق الأمر وتقييده فيعتبر فيه العرف ، والعرف فيه أن يشترى العبد حصة . وللقائل أن يقول : هذا التعليل يقتضى أن لا يصح التوكيل

(قال إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصا) أقول : أراد به الاختصاص إلى التامى ونقص التامى البيع كما يدل عليه كلام بعض الشروح ، وقول المصنف قبل نقض البيع (قوله فلعله اشترى لنفسه) أقول : وعدم الموافقة هنا تنبيه بالشركة فتدبر (قوله وفرق آخر أن الأمر بالبائع النسخ) أقول : وتحقيقه أن العبد لما كان ملك البائع وملك الوكيل التصرف في كله ملكه التصرف في بعضه أيضا ، والعرف بالعمل لا يصح مقيدا للفظ كن قال لأمراه على نفسك ثلاثا فلعلها واحدة حيث يصح ، ومرت المسئلة في الاختلاف في الشهادات بدليلها ، ولما لم يملك الموكل للشراء بالشراء لم يملك التصرف فيه حتى يملك الوكيل فيقال يملك التصرف في الكل يتضمن تملكه في البعض فلم يمكن اعتبار الأمر ببيع اعتبار العرف العمل ، الحمد لله على ما هدانا (قوله فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق) أقول : لظهور أن اعتبار إطلاق الأمر وتقييده فرع

قال (ومن أمر رجلا يبيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فردة المشتري عليه بعبء لا يحدث مثله بقضاء القاضى بيئته أو بإبراء يمين أو بإقرار فإنه يردده على الأمر)

المبدحمة كذا في العناية ، وهو الذى يساعده ظاهر لفظ المصنف . قال صاحب العناية بعد ما اكتفى بهذا القدر من الشرح : ولقائل أن يقول : هذا التعليل يقتضى أن لا يصح التوكيل بالشراء لأن التوكيل بالشراء أمر بالشراء ، وقد قال الأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح . والجواب أن القياس يقتضى ذلك ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الأضحية ، وإذا صح فلا بد له من محل فحصلناه الثمن الذى فى ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه إلى المتعارف عملا بالدلائل بقدر الإمكان ، ولو علمنا بإطلاقه كان ذلك إسقاطا للقياس والعرف من كل وجه ، والإعمال ولو بوجه أولى ، إلى هنا كلامه . أقول : فى الجواب شيء ، وهو أن حاصله أننا لم نعمل بالإطلاق فى صورة التوكيل بالشراء لتلا يطل العمل بالعرف مع كونه من الدلائل ، فينتج عليه أن مقتضى هذا أن لا يعمل بالإطلاق فى صورة التوكيل بالبيع أيضا لتلا يطل العمل بالعرف كذلك . فإن قلت : لم يعمل بالقياس فى صورة الشراء ، فلم لم يعمل بالعرف أيضا لزم إسقاط الدليلين معا ، بخلاف صورة البيع حيث عمل فيها بالقياس بناء على أن الأمر فيها صادف ملك الأمر . قلت : لأن تأثير لهذا الفرق هاهنا ، لأننا إنما تركنا القياس فى صورة الشراء بالنص وهو أقوى من القياس فى الكلام فى العرف ، فلو جاز تقييد الإطلاق به فى صورة الشراء بناء على وجوب العمل بالدلائل بقدر الإمكان لحاز تقييده به فى صورة البيع أيضا بناء على ذلك . وقال صاحب غاية البيان فى شرح الفرق الثانى : إن الأمر فى صورة التوكيل بالبيع صادف ملك الأمر فصحب أمره لولايته على ملكه فاعتبر إطلاق الأمر فجاز بيع النصف ، لأن الأمر وقع مطلقا عن الجمع والتثريق . وأما الأمر فى صورة التوكيل بالشراء فصادف ملك الغير وهو مال البائع فلم يصح الأمر مقصودا لأنه لا ملك للأمر فى مال الغير ، وإنما صح ضرورة الحاجة إليه ، ولا حوم لما ثبت ضرورة فلم يعتبر إطلاقه فلم يجز شراء البعض لأن الثابت بالضرورة يقتدر بقدر الضرورة ، وذلك يتأدى للمتعارف وهو شراء الكل لا البعض ، لأن الفرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض إلا إذا اشترى الباقي قبل أن يختصا فيجوز على الأمر لأنه حصل مقصوده انتهى . أقول : هذا القدر من البيان وإن كان غير مفهوم من ظاهر لفظ المصنف إلا أنه يستدل لا يتوجه السؤال الذى ذكره صاحب العناية ولا يحتاج إلى ما ارتكبه فى جوابه كما لا يخفى على المتأمل (قال) أى محمد بن يبيع الجامع الصغير (ومن أمر رجلا يبيع عبده فباعه) وسلمه (وقبض الثمن أو لم يقبض فردة المشتري عليه) أى على البائع المشتري (بعبء لا يحدث مثله) أى لا يحدث مثله أصلا كالأصبع الزائدة والسن الشاغية ، أو لا يحدث مثله فى مثل هذه المدة (بقضاء القاضى) متعلق برده : أى رده بقضاء القاضى ، وهو احتراز عما إذا كان الرد بغير قضاء كما سيأتى (بيئته) متعلق بقضاء القاضى أى قضائه بيئته المشتري (أو بإبراء يمين) أى أو قضائه بإبراء البائع عن اليمين عند توجهها إليه (أو بإقراره) أى أو قضائه بإقرار البائع (فإنه) أى البائع وهو المأمور (يرده) أى يرد العبد الذى رد عليه (على الأمر) بلا حاجة إلى خصومة ، إذ الرد على التوكيل فى هذه الصورة رد

بالشراء لأن التوكيل بالشراء أمر بالشراء ، وقد قال الأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح . والجواب أن القياس يقتضى ذلك ، ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الأضحية ، وإذا صح فلا بد له من محل فحصلناه الثمن الذى فى ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه إلى المتعارف عملا بالدلائل بقدر الإمكان ، ولو علمنا بإطلاقه كان ذلك إسقاطا للقياس والعرف من كل وجه والإعمال ولو بوجه أولى . قال (ومن أمر رجلا يبيع عبده الخ) (ومن أمر رجلا أن يبيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبضه فردة المشتري على البائع بعبء) فإما أن يكون ذلك بقضاء أو بغيره ، فإن كان الأول فلا

عن صحة الأمر (قوله وإذا صح فلا بد له من محل فحصلناه الثمن) أقول : ولا يمكن أن يحمل المثل عبارة الموكل وإلا يلزم أن يكون التوكيل بالشراء سلبيا لا متعلق به المحقق ، وقد مر من الشارح كلام متعلق بتحقيق المقام فتذكر (قال المصنف) بعبء لا يحدث مثله) أى فى تلك المدة كما يفهم من المقابلة ، يدل عليه قول القاضى يعلم أنه لا يحدث فمعة أشهر ، وهذا مما لا يحدث أصلا أو يحدث لكن لا تلك المدة.

لأن القاضى يقر بمحدث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج . وتأويل اشتراطها في الكتاب أن القاضى يعلم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ ، أو كان عيا لا يعرفه إلا النساء أو الأطباء ،

على الموكل . فإن قيل : إذا أقر الوكيل بالعيب فلا حاجة حيثخذ إلى قضاء القاضى لأنه يقبله لاهالة ، فما معنى ذكر قضاء القاضى مع الإقرار ؟ قلنا : يمكن أن يقر الوكيل بالعيب ويعتنع بعد ذلك من القبول . فقضاء القاضى كان إجبارا على القبول ، كذا في النهاية وكثير من الشروح . وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال : فإن قلت : إن كان الوكيل مقررا بالعيب يرد عليه فلا حاجة إلى قضاء القاضى فما الفائدة ذكره ؟ قلت : الكلام وقع في الرد على الموكل ، فإذا كان الرد على الوكيل يقرره بلا قضاء لا يرد على الموكل . وإن كان عيا لا يحدث مثله في عامة روايات المبسوط فظهرت الفائدة إذا فافهمه واختمته . انتهى كلامه . أقول : هذا الجواب ليس بشاف . إذ هو لا يحسم حرق السؤال ، لأن هاتيك الفائدة مرتبة على وقوع القضاء : أى حاصلة بعد حصوله ، وكلام السائل في سبب وقوع القضاء ابتداء . يعنى أن القضاء إنما شرع لفصل الخصومات ورفع المنازعات ، ولا شك أن فصل الخصومة ورفع المنازعة فرع تحقق الخصومة والمنازعة ، وفيها إذا أقر الوكيل بالعيب لا خصومة ولا منازعة فلا حاجة إلى القضاء وأما غاى سبب يقع القضاء حتى ترتب عليه تلك الفائدة ؟ فالجواب الشافى هو الأول لأن امتناع المقر بالعيب عن قبول المبيع يقتضى الاحتياج إلى وقوع القضاء عليه بالجبر على القبول . قال المصنف في تعليل المسئلة المذكورة (لأن القاضى يقر بمحدث العيب في يد البائع) إذ الكلام في عيب لا يحدث مثله . فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج (يعنى البيئة والنكول والإقرار . قال جماعة من الشراح : هذا جواب عن سؤال سائل وهو أن يقال : لما كان العيب لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة لم يتوقف قضاء القاضى على وجود هذه الحجج ، بل ينبغي أن يقضى القاضى بدونها لعلمه قطعا بوجود هذا العيب عند البائع . فأجاب بأن قال : لم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج الخ . أقول : لا يذهب على من له ذوق صحيح أن معنى هذا الكلام وإن كان صالحا لأن يكون جوابا عن ذلك السؤال ، إلا أن تفريع قوله ولم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج على ما قبله بإدخال الفاء عليه يأتى ذلك جدا لأن منشأ السؤال ماسبق قبل هذا القول فكيف يتم تفريع الجواب عليه ؟ وكان صاحب النهاية ذاق هذه الإشاعة حيث قال في شرح قوله فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج . هذا الذى ذكره دفع لسؤال سائل فقرر السؤال بالوجه المذكور . ثم لما جاء إلى تقرير الجواب قال : فأجاب عنه بقوله وتأويل اشتراطها في الكتاب أن القاضى يعلم الخ ، فجعل الجواب قوله وتأويل اشتراطها في الكتاب الخ دون قوله فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج . لكن لا يبعد ذلك طالما ، أما أولا فلأنه قد اعترف ابتداء في شرح قوله فلم يكن قضاؤه إلى آخره بأن هذا دفع لذلك السؤال وأما ثانيا فلأنه لا مجال لإخراج قوله فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج عن جواب ذلك السؤال وإدخاله في التعليل السابق . لأن التعليل المذكور قد تم بدون القول المزبور . والجواب عن ذلك السؤال لآيته بدون هذا كما لا يخفى . وأما صاحب معراج الدراية وغيره لما رأوا معنى الكلام بمقتضى المقام غير قابل للصرف إلى غير ذلك صرحوا بأن قوله فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج عن ذلك السؤال ، ولكن لم يتعرض أحد منهم لبيان ركاسة الفاء حيثخذ ، فتخلص بما ذكرنا أنه لو قال المصنف ولم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج بتبديل الفاء بالواو لكان كلامه أسلم وأوفى (وتأويل اشتراطها) أى اشتراط هذه الحجج (في الكتاب) يعنى الجامع الصغير (أن القاضى يعلم أنه) أى العيب المذكور (لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه) أى على القاضى (تاريخ البيع فيحتاج إلى هذه الحجج) أى إلى واحدة منها (لظهور التاريخ) أى لأجل ظهور التاريخ عنده حتى يتبين له أن هذا العيب كان في يد البائع فيرد المبيع عليه (أو كان عيا) إشارة إلى تأويل آخر : أى أو كان العيب الذى يريد المشتري الرد به عيبا (لا يعرفه إلا النساء) كالتقرن في الفرج ونحوه (أو الأطباء) أى أو عيا لا يعرفه إلا الأطباء

يعلم إما أن يكون عيبا مطلقا أو لم يكن ، فإن لم يكن ، فلما أن يكون العيب ظاهرا والقاضى عاين البيع أو لم يكن ،

وقولهم وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لافي الرد فيفتقر إليها في الرد، حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى رد وخصومة. قال (وكذلك إن رده عليه يعيب يحدث مثله ببينة أو بإبهاء يمين) لأن البينة حجة مطلقة، والوكيل مضطر في النكول

كالدق والسعال القديم (وقولهم) أي قول النساء (وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة) للمشتري (لا في الرد) أي ليس بحجة في الرد على البائع (يفتقر أي القاضي (إليها) أي إلى الحجج المذكورة (في الرد) على البائع. أقول: في هذا التأويل نظر، إذ على هذا لا يتم قول المصنف فيها مرآتنا، فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج والاحتجاج: إلى التأويل إنما كان لأجل تتمم ذلك بل على هذا لا يتم جواب أصل المسئلة أيضا. إذ ينبغي حينئذ أن يكون الجواب في الرد على المأمور يعيب لا يحدث مثله مثل الجواب في الرد عليه يعيب يحدث مثله في صورة إن كان ذلك بإقرار، لأنه لما لم يكن قول النساء ولا قول الأطباء حجة في حق الرد بل كان القاضي فيه مفتقرا إلى إحدى الحجج المذكورة فيا لا يحدث مثله أيضا كان قضاؤه على المأمور بإقراره قضاء بحجة قاصرة لم يضطر المأمور إليها، فينبغي أن لا تمتد إلى الأمر بعين ما ذكرنا فيما يحدث مثله فتأمل. ثم إن صاحب الكافي زاد هاهنا تأويلا ثالثا وقدمه على التأويلين اللذين ذكرهما المصنف حيث قال: ومعنى شرط البينة والنكول والإقرار أن يشبه على القاضي أي هذا العيب قديم أم لا. أو علم أنه لا يحدث في مدة شهر مثلا، ولكن لا يعلم تاريخ البيع فاحتاج إلى هذه الحجج ليظهر التاريخ، أو كان حيا لا يعرف إلا النساء أو الأطباء كالقرن في الفرج ونحوه. وقولهم وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة، ولكن لا يثبت الرد بقولهم فيفتقر إلى هذه الحجج للرد انتهى، وذكره صاحب غاية البيان أيضا. أقول: ذلك التأويل مما لا يرى له وجه صحة هاهنا، لأن الكلام في الرد يعيب لا يحدث مثله، والعيب الذي يشبه على القاضي أنه قديم أم لا مما يحدث مثله، إذ لا شك أن المراد بما يحدث مثله ما يجوز أن يحدث مثله عند المشتري لا ما يتعين حدوثه عنده وإلا لما صح رده على البائع ولو بحجة، وإن المراد بما لا يحدث مثله مالا يجوز أن يحدث مثله عند المشتري، فالذي يشبه أنه قديم أم لا مما يجوز أن يحدث مثله وإلا لما أشبه حاله، فإن مالا يجوز أن يحدث مثله قديم البينة (حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج) أي القاضي (إلى شيء منها) أي من تلك الحجج (وهو) أي الرد على الوكيل (رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى رد وخصومة) مع الموكل لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي، والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل (قال: وكذلك إذا رده) أي وكذلك الحكم إذا رد المشتري العبد (عليه) أي على الوكيل (يعيب) أي بسبب عيب (يحدث مثله ببينة) متعلق برده: أي رده عليه ببينة (أو بإبهاء يمين) أي بالنكول من اليمين (لأن البينة حجة مطلقة) أي كاملة فتعدي، كذا في العناية وهو الظاهر. وقيل: أي مثبتة عند الناس كافة فيثبت بها قيام العيب عند الموكل فينفذ الرد على الموكل، كذا في معراج الدراية أخذنا من الكافي (والوكيل مضطر في النكول) هذا جواب عن خلاف زفر في إبقاء يمين، فإنه قال: لو رد

لأن كان الأول لا يحتاج إلى الحجة من بينة أو نكول أو إقرار لأن القاضي يثق بمحدث العيب في يد البائع وعاين البيع فيعلم التاريخ والعيب ظاهر فلا يحتاج لرد إليها، وإن لم يكن فلا بد منها لا للقضاء بل لأنه إذا لم يعاين البيع قد يشبه تاريخه فيحتاج إليها لظهوره، وقد لا يكون العيب ظاهر كالقرن في الفرج والمرض الدق فيحتاج إلى النساء والأطباء في توجه الخصومة، والرد لا يثبت بقول النساء أو الطبيب فيحتاج إلى الحجة، وفي هاتين صورتين الرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج إلى رد وخصومة لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي، والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل، وإن كان يعيب يحدث مثله، فإن رده ببينة أو بإبهاء يمين فذلك لأن البينة حجة مطلقة: أي كاملة فتعدي، والوكيل في النكول مضطر لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الأمر، وإن رده بإقرار لزم الوكيل لأن الإقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر إليه لأنه أمكنه

(قال المصنف: فيفتقر إليها) أقول: قال الإفتائي: أي فيفتقر للمشتري إلى الحجة وهي نكول البائع من اليمين مثلا برد المبيع انتهى. (١٢ - تكله فتح القدير ص ٨ -)

لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فزوم الأمر . قال (فإن كان ذلك بإقراره لزم المأمور) لأن الإقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر إليه لإمكانه السكوت والنكول ، إلا أن له أن يخاصم الموكل فيلزمه بيينة أو بنكوله . بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه لأنه بيع جديد في حق ثالث والبايع ثالثهما ، والرد بالقضاء فسخ

على الوكيل بنكوله لم يكن له أن يرد على الموكل كن اشترى شيئا وباعه من غيره . ثم إن المشتري الثاني وجد عيبا فرده على المشتري الأول بنكوله لم يكن له أن يرد على بائعه ، فجعل هذا وما لو رد عليه بإقراره سواء في حق البايع ، فكلنا في حق الوكيل . ولكننا نقول : الوكيل مضطر في هذا النكول (لبعد العيب عن علمه) أي عن علم الوكيل (اعتبار عدم ممارسة المبيع) فإنه لم يمارس أحوال المبيع وهو العبد فلا يعرف بعيب ملك الغير فيخاف أن يخلف كاذبا فينكل ، والموكل هو الذي أوقعه في هذه الورطة فكان الخلاص عليه يرجع عليه بما يلحقه من العهدة (فيلزم الأمر) أي فيلزم العبد الأمر أو فيلزم حكم النكول الأمر . بخلاف ما إذا أثر فإنه غير مضطر إلى الإقرار لأنه يمكنه أن يسكت حتى يعرض عليه البين ويقضي عليه بالنكول فيكون هو في الإقرار مختارا لامضطر ، وبخلاف المشتري الأول فإنه مضطر إلى النكول ، ولكن في حل باشره لنفسه فلا يرجع بعهدة عمله على غيره . كلنا في الميسوط والقوائد الظهيرية (قال) أي محمد في الجامع الصغير (فإن كان ذلك) أي الرد على الوكيل (بإقرار) أي بإقراره (لزم المأمور) أي لزم العبد المأمور وهو الوكيل (لأن الإقرار حجة قاصرة) فيظهر في حق المقر دون غيره (وهو) أي المأمور (غير مضطر إليه) أي إلى الإقرار (لإمكانه السكوت والنكول) برفع السكوت والنكول : يعني يمكنه السكوت والنكول حتى يعرض عليه البين ويقضي عليه بالنكول (إلا أن له أن يخاصم الموكل) يعني لكن للوكيل أن يخاصم الموكل (فيلزمه بيينة أو بنكوله) أي بنكوله الموكل . قال بعض الفضلاء : لم يذكر الإقرار إذ لا فائدة في الخاصة هنا إذا كان مقرا بخلاف الوكيل انتهى . أقول : ليس هذا تمام ، إذ يجوز أن يقر الموكل بالبائع ويتنع بعد ذلك عن القبول ، ففائدة الخصومة أن يبرره القاضي على القبول كما قالوا في إقرار الوكيل ، حل أنه يجوز أن يظهر لإقرار الموكل بعد خصامة الوكيل لا قبلها ، فلا معنى لقوله إذ لا فائدة في الخاصة هاهنا إذا كان مقرا فندبر (بخلاف ما إذا كان الرد) أي الرد بإقرار الوكيل (بغير قضاء) يعني أن ما سبق من أن للوكيل أن يخاصم الموكل فيما إذا كان الرد على الوكيل بقضاء القاضي بإقراره . وأما إذا كان ذلك بغير قضاء (والعيب يحدث مثله) فيخلافه (حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه) يعني الموكل (لأنه) أي الرد بالإقرار والرضا من غير قضاء (بيع جديد في حق ثالث) وإن كان قسما في حق المتعاقدين (والبايع) يعني الموكل (ثالثهما) أي ثالث المتعاقدين وهما الوكيل والمشتري . قال صاحب غاية البيان : وكان ينبغي أن يقول أن يخاصم موكله أو يقول أمره ، وكان ينبغي أيضا أن يقول مكان قوله والبايع ثالثهما والموكل ثالثهما أو الأمر ثالثهما ، لأن الكلام في خصامة الوكيل مع الموكل وهو ليس ببائع انتهى . واعتلجه صاحب العناية بأن قال : عبر عنه بالبايع لأن المبيع لما انتقل إلى الوكيل وتقرر عليه بأمره لد حصل من جهته فكانه باعه إياه انتهى (والرد بالقضاء فسخ) هذا جواب سؤال وهو أن يقال : ينبغي أن لا يكون للوكيل حق الخصومة مع الموكل أصلا فيما إذا حصل الرد بإقرار الوكيل لكونه بيعا جديدا في حق الموكل ، فقال الرد بالقضاء فسخ

السكوت أو الإنكار حتى تعرض عليه البين ويقضي بالنكول ، لكن له أن يخاصم الموكل فيلزمه بيينة أو بنكوله الموكل لأن

ولله تصور (قال المصنف : فإن كان ذلك بإقرار لزم المأمور) أقول : قال الكاشي : وإذا كان عيبا لا يحدث مظهر فرده بإقراره بقضاء يكون ردا على الموكل بالتأنيق الروايات ، لأن القاضي فسح للمقه بينهما بعلمه بقيام العيب عند البايع لا بإقراره فيلزم الأمر كما لو رده بيينة انتهى . في حاشيته أمر وهو ما إذا كان علم القاضي للعيب القديم بإقرار الوكيل بأن كانت إجبارية ملكا للوكيل ثم باعها من الموكل ووجها له ثم باعها الوكيل بالوكالة من آخر فأراد للمشتري فرد عليه بيبب القرن أو الرق أو الفقت وأقر الوكيل عند القاضي بيبب في مثل هذه الصورة ينبغي أن يلزم الوكيل وكان له أن يخاصم الأمر بمرهان الدليل بعينه فليتمثل (قوله أو بنكوله الموكل كلف) أقول : لم يذكر الإقرار

لعموم ولاية القاضي، غير أن الحجة قاصرة وهي الإقرار؛ فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه، ومن حيث القصور لا يلزم الموكل إلا بحجة، ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء بإقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لأن الرد متعين،

(لعموم ولاية القاضي) يعني أن الرد بالقضاء لا يحتمل أن يكون عقدا مبتداً لفقد شرطه وهو الرضا لأن القاضي يردّه على كره منه فيجعل فسخاً لعموم ولاية القاضي (غير أن الحجة قاصرة وهي الإقرار) يعني لكن الفسخ استند إلى حجة قاصرة وهي الإقرار فعملنا بالجهتين (فمن حيث الفسخ) أي من حيث أن الردّ بالقضاء فسخ (كان له) أي الوكيل (أن يخاصم) أي مع الموكل (ومن حيث القصور في الحجة) أي من حيث أن الإقرار حجة قاصرة (لا يلزم الموكل إلا بحجة) أي إلا بإقامة الوكيل الحجة على الموكل. قال صاحب العناية: وهذه فائدة الحاجة إلى القضاء مع الإقرار فيسقط ما قال في النهاية إذا أقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ إلى قضاء لأنه يقبله لاهالة انتهى. أقول: فيه بحث، إذ قد عرفت فيما ذكرناه من قبل أن هذه الفائدة فائدة مرتبة على تحقق القضاء حاصله بعد حصوله، وما قال في النهاية إنما هو في أصل تحقق القضاء وحصوله ابتداءً، فإنه إذا أقرّ الوكيل بالعيب لم يبق هناك حاجة إلى قضاء، فمن أي وجه يتحقق القضاء حتى ترتب عليه الفائدة المذكورة. وهذا كلام جيد لا يسقط بما توهمه صاحب العناية، فإن للسائل أن يقول ثبت العرس ثم انقش. ثم إن صاحب النهاية لم يثبت على ذلك القول بل ذكره بطريق السؤال، وأجاب عنه بأن قال: يمكن أن يقرّ الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القول، ففضاء القاضي كان جبراً عليه على القول انتهى. وقد ذكرنا السؤال والجواب في أول المسئلة، ولا يخفى أن ذلك الجواب جواب حسن ووجه وجيه، فإن فيه لندوحة عن التوجه الذي تمحل به المصنف في باب خيار العيب في مسألة رد المشتري الثاني على المشتري الأول بعيب بفضاء القاضي بإقرار أو بيينة أو بإيهام يمين حيث قال هناك: ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبيينة انتهى فذكر. فإن قيل إذا كان الرد بإقرار الوكيل بغير قضاء ينبغي أن يكون له ولاية الرد على الموكل كما في الوكيل بالإجارة، فإنه إذا أجر وسلم ثم طعن المستأجر فيه بعيب قبل الوكيل بغير قضاء فإنه يلزم الموكل ولم يعتبر إجارة جديدة في حق الموكل، فكذلك هذا قلنا: من أصحابنا من قال: لا فرق بينهما في الحقيقة لأن المقود عليه في إجارة الدار لا يصير مقبوضاً بقبض الدار، ولهذا لو تلف بانهدام الدار كان في ضمان المجرر، فيكون هذا من المبيع بمنزلة ما لو قبله الوكيل بالعيب قبل التضييع بغير قضاء وهناك يلزم الأمر فكذلك في الإجارة. وقال: خمس الأئمة السرخسي: وفي الكتاب على الفرق بين الفصلين، وقال: إن فسخ الإجارة ليس بإجارة في حق أحد، لأن على إحدى الطريقتين الإجارة عقود مفترقة يشهد انقضاءها بحسب ما يحدث من المنافع، فبعد الردّ بالعيب يمتنع الانقضاء إلا أن يجعل ذلك عقداً مبتداً. وعلى الطريقة الأخرى العقد متمتع باعتبار إقامة الدار مقام المقود عليه وهو المنفعة، وهذا حكم قد ثبت بالضرورة فلا يمدو موضعها، ولا ضرورة إلى أن يجعل الرد بالعيب عقداً مبتداً لقيام الدار مقام المنفعة، كذا في النهاية ومعراج الدراية (ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء) أي وكان الرد بغير قضاء (بإقراره) أي بإقرار الوكيل (يلزم الموكل من غير خصومة في رواية) أي في رواية كتاب البيوع من الأصل (لأن الرد متعين) وذلك لأنهما فعلاً غير ما يفعله القاضي لو رفع الأمر إليه، فإنهما لو رضا الأمر إليه في عيب لا يحدث مثله رده على الوكيل ولا يكلفه إقامة الحجة على ذلك وكان ذلك رداً على الموكل. قال في الكافي: فإذا تعين الردّ صار تسليم الخصم وتسليم الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي، غير أن الحجة قاصرة وهي الإقرار قاصرة، فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه، ومن حيث القصور لا يلزمه، وهذه فائدة الحاجة إلى القضاء مع الإقرار فيسقط ما قال في النهاية إذا أقرّ الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ إلى قضاء القاضي لأنه يقبله لاهالة. وإن كان الثاني، فلما أن يكون بعيب يحدث مثله أولاً، فإن كان الأول وكان رده بإقراره

إذ لا تارة في الخاصة هنا إذا كان مقراً، بخلاف الوكيل (قال المصنف: ومن حيث القصور لا يلزم الموكل إلا بحجة) أقول: وعدم الاضطرار إليه، وهذا مراد أيضاً كما نفهم من تقرير المصنف، ولا ينبغي أن لا يلزم الموكل في صورة التكرار أيضاً إلا بحجة، لأن التكرار حجة قاصرة أيضاً خصوصاً على أصلها فإنه إقرار صحتها (قوله لأنه يقبله لاهالة) أقول: إذ لا نسلم أنه يقبله بدون القضاء لئلا

وفي عامة الروايات ليس له أن يخاصمه لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع بالتقصان فلم يتعين الرد ، وقد بيناه في الكفاية بأطول من هذا . قال (ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدي بتقديعه بنسبته وقال المأمور أمرتي ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الأمر) لأن الأمر يستفاد من جهته ولا دلالة على الإطلاق . قال (وإن اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب)

القاضي سواء كتسلم الشفعة وقضاء الدين والرجوع في الحبة (وفي عامة الروايات) أي عامة روايات المبسوط (ليس له) أي الوكيل (أن يخاصمه) يعني لا يلزم الموكل وليس للوكيل أن يخاصمه (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه يبيع جديدي في حق ثالث (والحق) أي حق المشتري (في وصف السلامة) هذا جواب عن قوله في رواية كتاب البيوع لأن الرد متعين : يعني لانسلم أن الرد متعين لأن حق المشتري يثبت أولا في الجزء الفات وهو وصف السلامة (ثم ينتقل) بضرورة العجز عن ذلك (إلى الرد) (ثم) ينتقل بامتناع الرد بحدوث عيب أو بحلول زيادة في المبيع (إلى الرجوع) بالتقصان فلم يتعين الرد (وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يمتثل التحول إلى غيره فلا يتم القياس لعدم الجامع . قال المصنف (وقد بيناه في الكفاية بأطول من هذا) يريد بالكفاية كفاية المنتهى وهي شرح للبدية: ألغى المصنف قبل الهداية كما ذكره في البداية ، ولم نعلم وجود نسخها الآن ولم نسمع أن أحدا رآها . قال الإمام الزيلعي في التبيين بعد بيان المقام على الوجه المذكور : وهكذا ذكر الروايات في شروح الجامع الصغير وغيرها . وبين الروايتين تفاوت كبير لأن فيه نزولا من الزوم إلى أن لا يخاصم بالكلية . وكان الأقرب أن يقال : لا يلزمه ولكن له أن يخاصم انتهى . أقول : ولعمري إن رتبته لاتتضمن الإقدام على مثل هذا الكلام ، لأن ما عده أقرب قول ثالث لا رواية فيه من المجتهدين فكيف يصح الإجماع عليه من عند نفسه سببا بعد الإطلاع على الأدلة المذكورة فلأنها تقتضي ما في إحدى الروايتين البتة لاخير كما لا يخفى على المتأمل (قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدي بتقديعه بنسبته وقال المأمور أمرتي ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الأمر) يعني إذا اختلف الأمر والمأمور في إطلاق التصرف وتقييده فقال الأمر أمرتك ببيع عبدي بتقديعه بنسبته وقال المأمور بل أمرتي ببيعه ولم تقل شيئا زاندا عليه فالقول قول الأمر (لأن الأمر يستفاد من جهته) أي من جهة الأمر . ومن يستفاد الأمر من جهته فهو أعلم بما قاله فكان هو المعتبر ، إلا إذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس موجود . وقد أشار إليه بقوله (ولا دلالة على الإطلاق) إذ الأمر بالبيع قد يكون مقيدا وقد يكون مطلقا ولا دليل على أحد الوجهين . على أن الأصل في عقد الوكالة التقييد لأن مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون ذلك ، فإنه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلاً ببيعه ؛ ألا يرى أنه لو قال لغيره وكلتك بمالي أو في مالي لا يملك إلا الحفظ وكان مدعيا لما هو الأصل فيه فكان القول قوله (قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإن اختلف في ذلك) أي في الإطلاق والتقييد (المضارب ورب المال) فقال رب المال أمرتك بالتقديع وقال المضارب بل دفعته مضاربا ولم يتعين شيئا (فالقول قول المضارب) قال صاحب العناية في تصوير الاختلاف هاتما : فقال رب المال أمرتك أن تعمل في البرّ وقال

الوكيل وليس له أن يخاصم أمره . وعبر عنه بالبيع لأن المبيع لما انتقل إلى الوكيل وتقرر عليه بأمر قد حصل من جهته فكانه باعه إياه لأنه يبيع جديدي في حق ثالث حيث فسخ واسترد برضاه من غير قضاء ، والبيع : أي الموكل تألها . وإن كان الثاني والرد بإقرار لزوم الموكل بغير خصومة في رواية يبيع الأصل لأن الرد متعين ، وذلك لأنهما فعلا عين ما يفعله القاضي إن دفع الأمر إليه ، فلأنهما لو رفا الأمر إليه في حيب لا يحدث مثله وده عليه من غير تكليف بإقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل . وفي عامة الروايات أنه لا يلزم الأمر ، وليس للمأمور أن يخاصمه لما ذكرنا أنه يبيع جديدي في حق ثالث . وقوله الرد متعين ممنوع لأن حق المشتري في الجزء الفات ثم ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع بالتقصان ، ولم يذكر صورة الرد بالبدية والتكول لعدم تأنيها لدى عدم القضاء . قال (ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدي بتقديعه) إذا اختلف الأمر والمأمور في إطلاق

تفاوت تلك الثلاثة (قوله ثم إنه ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع) أقول : إذا امتنع الرد بتصيب المبيع عند المشتري بمبب أمر .

لأن الأصل في المضاربة العموم ؛ ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فقامت دلالة الإطلاق ، بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه تقدماً ونسيئة إلى أي أجل كان عند أبي حنيفة ، وعندهما بتقييد بأجل متعارف والوجه قد تقدم . قال (ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنًا ففضاع في يده أو أخذ به كفيلاً فتوى المال عليه فلا ضمان عليه)

المضارب دفع إلى المال مضاربة ولم تقل شيئاً . أقول : هذا التصوير لا يطابق المشروح وهي مسألة الجامع الصغير . فإن صورتها هكذا : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة فاختلفا فقال رب المال أمرتك أن تبنيه بالنقد دون ما سواه ، وقال المضارب أعطيتني المال مضاربة ولم تقل شيئاً . قال القول قول المضارب الذي أخذ المال . انتهى لفظ محمد . قال المصنف في تعليل هذه المسئلة (لأن الأصل في المضاربة العموم) يعني أن الأمر وإن كان مستفاداً من جهة رب المال إلا أن في العقد ما يخالف دعواه بناء على أن الأصل في المضاربة العموم والإطلاق (الأثرى) أي المضارب يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة) يعني أن المضاربة تنصح عند الإطلاق ويثبت الإذن عاماً (فقامت دلالة الإطلاق) أي فقامت الدلالة على الإطلاق ، فمن ادعى الإطلاق في المضاربة كان مدعياً لما هو الأصل فيها ، فكان القول قوله (بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة في نوع) أي في نوع مسمى (والمضارب في نوع آخر) أي وادعى المضارب المضاربة في نوع آخر (حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق فيه بتصادقهما فنزل) أي عقد المضاربة (إلى الوكالة المحضة) وفيها القول للأمر كما مر آنفاً (ثم مطلق الأمر بالبيع) في صورة الوكالة (ينتظمه) أي ينتظم البيع (تقدماً ونسيئة إلى أي أجل كان) متعارف عند التجار في تلك السلة أو غير متعارف فيها (عند أبي حنيفة . وعندهما بتقييد بأجل متعارف) حتى لو باع بأجل غير متعارف عند التجار بأن باع إلى خمسين سنة جاز . عنده خلافاً لهما (والوجه قد تقدم) أي الوجه من الجانبين قد تقدم في مسألة الوكيل بالبيع ، فإن أبا حنيفة عمل بالإطلاق وما بالمتعارف . قال صاحب الفاية : وكان الأنسب أن يذكر مسألة النسيئة في أوائل الفصل عند قوله والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير كما أشار إلى ذلك الموضع بقوله والوجه قد تقدم (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنًا ففضاع) أي الرهن (في يده أو أخذ به) أي بالثمن (كفيلاً فتوى المال عليه) أي على الكفيل (فلا ضمان عليه) أي على المأمور . قال الكاسي في مرجع الدراية : فلا ضمان عليه : أي على الكفيل ،

التصرف وتقييده فقال الأمر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعت بنسيئة وقال المأمور بل أمرتني ببيعه ولم تقل شيئاً فالقول للأمر لأن الأمر يستفاد من جهته ، ومن يستفاد الأمر من جهته أعلم بما قاله فكان هو المعبر ، إلا إذا كان في العقد ما يخالف مدعاه ، وليس ذلك بموجود لأن عقد الوكالة مبنية على التقييد حيث لا يثبت بدون التقييد ، فإنه ما لم يقل وكنلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلاً ببيعه ؛ ولو قال وكنلتك بمالي أو في مالي لا يملك إلا الحفظ فليس في العقد ما يدل على خلاف مدعاه من الإطلاق ؛ ولو اختلف المضارب ورب المال في الإطلاق والتقييد فقال رب المال أمرتك أن تعمل في البر وقال المضارب دفعت إلى المال مضاربة ولم تقل شيئاً فالقول للمضارب ، لأن الأمر وإن كان مستفاداً من جهة رب المال إلا أن في العقد ما يخالف دعواه لأن الأصل في المضاربة العموم ؛ ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فكانت دلالة الإطلاق قائمة ، بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة وفيها القول للأمر كما مر آنفاً (ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه تقدماً ونسيئة إلى أي أجل كان) متعارف ، عند التجار في تلك السلة أو غير متعارف فيها كالبائع إلى خمسين سنة عند أبي حنيفة رحمه الله . وعندهما بتقييد بأجل متعارف ، والوجه من الجانبين (تقدم) في مسألة الوكيل بالبيع أنه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عنده خلافاً لهما (ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنًا ففضاع في يده أو أخذ به كفيلاً فتوى المال عليه فلا ضمان عليه) قيل المراد بالكفالة هاهنا الحوالة لأن الثمن

(قوله قيل المراد ، بالكفالة ، إل قوله : يرفع الأمر إل حاكم . يرى برائة الإصيل فيحكم على مراءه وموت إنكفيل فلسا)

لأن الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به . والارتبان وثيقة بل جانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لأنه يفعل نيابة وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض أصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه .

وتيمه الشارح العيني . أقول : لا وجه له أصلا . إذ الضمان على الكفيل أمر مقرر ليس بمحل الشك فضلا عن الحكم بخلافه ، وإنما الكلام في عدم الضمان على الوكيل إذ هو عمل شبهة فهو مورد البيان ، ألا يرى قول المصنف في تعليل المسئلة (لأن الوكيل أصيل في الحقوق) أي في حقوق العقد (وقبض الثمن منها) أي من الحقوق (والكفالة توثق به) أي بالثمن (والارتبان وثيقة بل جانب الاستيفاء) أي بل جانب استيفاء الثمن فقد ازداد بالكفالة والرهن معنى الوثيقة فكانا مؤكدين لحق استيفاء الثمن (فيملكهما) أي فيملكهما الوكيل ، فإذا ضاع الرهن في يده لم يضمن لأن استيفاء الرهن كاستيفاء الثمن من حيث أنه بدله أقيم مقامه ، ولو هلك الثمن في يده هلك أمانة فكل ذلك الرهن . وقيل المراد بالكفالة هاهنا الحوالة لأن التوى لا يتحقق في الكفالة لأن الأصل لا يبرأ . وقيل بل هي على حقيقتها . والتوى فيها بأن يموت الكفيل والأصيل مفلسين . وقيل التوى فيها بأن يرفع الأمر إلى حاكم يرى براءة الأصل فيحكم على ما يراه أويوت الكفيل مفلسا . كذا في الشروح . واعلم أن القول الثالث هو الذي ذهب إليه صاحب الكافي حيث قال : فتوى المال على الكفيل بأن رفع الأمر إلى قاض يرى براءة الأصل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم براءة الأصل فتوى المال على الكفيل انتهى . وإن الإمام الزبلي قد اختار ذلك ، وزيف القولين الأولين حيث قال في التبيين : وفي النهاية المراد بالكفالة هاهنا الحوالة ، لأن التوى لا يتحقق في الكفالة ، وقيل الكفالة على حقيقتها ، فإن التوى يتحقق فيها بأن مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين ، وهذا كله ليس بشيء لأن المراد هاهنا توى مضاف إلى أخذه الكفيل بحيث أنه لو لم يأخذ كفيلا أيضا لم يتو دية كما في الرهن ، والتوى الذي ذكره هاهنا غير مضاف إلى أخذ الكفيل بدليل أنه لو لم يأخذ كفيلا أيضا لتوى يموت من عليه الدين مفلسا ، وحله على الحوالة فاسد لأن الدين لا يتوى فيها يموت المالك عليه مفلسا بل يرجع به على المكيل ، وإنما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة . والأوجه أن يقال : المراد بالتوى توى مضاف إلى أخذه الكفيل ، وذلك يحصل بالرافعة إلى حاكم يرى براءة الأصل من الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الأصل بموته مفلسا مثل لأن يكون القاضي مالكا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا إلى هاهنا كلامه فتأمل (بخلاف الوكيل بقبض الدين) إذا أخذ بالدين وهنا أو كفيلا فإنه لا يجوز (لأنه) أي الوكيل بقبض الدين (يفعل نيابة) أي يتصرف نيابة عن الموكل حتى إذا ناه الموكل عن القبض صح نيه (وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن) فيقتصر على قدر المسأورة دون غيره (والوكيل بالبيع يقبض) أي يقبض الثمن (أصالة) لا نيابة (ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه) أي عن قبض الثمن ، فينزل الوكيل في ذلك منزلة المالك ، والمالك لو أخذ بالثمن رها أخذه به كفيلا جاز فكل ذلك الوكيل بالبيع .

لا يتحقق في الكفالة لأن الأصل لا يبرأ . وقيل بل هي على حقيقتها . والتوى فيها بأن يموت الكفيل والأصيل مفلسين ، وقيل التوى فيها هو أن يأخذ كفيلا ويرفع الأمر إلى حاكم يرى براءة الأصل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلسا ، وإنما لم يكن عليه ضمان لأن الوكيل أصيل في الحقوق ، وقبض الثمن منها والكفالة توثق به ، والارتبان وثيقة بل جانب الاستيفاء ، ولو استوفى الثمن وهلك حنده لم يضمن فكذا إذا قبض بدله ، بخلاف الوكيل بقبض الدين إذا أخذ بالدين رها أو كفيلا فإنه لا يجوز لأنه يتصرف نيابة حتى إذا ناه عن القبض صح نيه وقد استأنه في قبض الدين دون الكفالة والرهن والوكيل بالبيع يقبض الثمن أصالة لا نيابة ولهذا لا يملك الموكل حجره عن القبض .

أقول : قوله يرفع الأمر إلى حاكم . يعني إلى حاكم مالكي يرى براءة الأصل ولا يرى الرجوع على الأصل بموت الكفيل مفلسا . ورجح

(فصل)

قال (وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيها وكلا به دون الآخر) وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأى كالبائع والمخلع وغير ذلك ،

(فصل)

لما ذكر حكم وكالة الواحد ذكر في هذا الفصل حكم وكالة الاثنين لما أن الاثنين بعد الواحد فكذلك حكمهما ، كما في الشروح . قال في غاية البيان بعد ذكر هذا الوجه : ولكن مع هذا لم يكن لذكر الفصل كبير حاجة ، إلا أن يقال : يفهم هنا شيء آخر غير الوكالة بالبائع وهو الوكالة بالمخلع والطلاق والزويج والكتابة والإعاقق والإجارة ، وهذا حسن انتهى (وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيها وكلا به دون الآخر) هذا لفظ القنورى في مختصره . اعلم أن هذا الحكم فيها إذا وكلهما بكلام واحد بأن قال وكلهما ببائع عبدي أو بمخلع امرأتى ، وأما إذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما أن يتصرف بالتصرف كما صرح به في المبسوط حيث قال في باب الوكالة بالبائع والشراء : وإذا وكل رجلا ببائع عبده وكل أكثر به أيضا فأيهما باع جاز لأنه رضى برأى كل واحد منهما على الأفراد حيث وكله ببيعه وحده ، بخلاف الوصيين إذا أوصى إلى كل واحد منهما في عقد حل حدة حيث لا يتفرد واحد منهما بالتصرف في أصح القولين لأن وجوب الوصية بالموت ، وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة ، وهاتنا حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل ، فإذا أفرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد منهما بالتصرف انتهى . قال المصنف (وهذا) أى الحكم المذكور في مختصر القنورى وهو عدم جواز تصرف أحد الوكيلين بدون الآخر (في تصرف يحتاج فيه إلى الرأى كالبائع والمخلع وغير ذلك) أقول : فيه شيء ، وهو أنه لو كان هذا الذى ذكره القنورى في مختصره مقيدا بتصرف يحتاج فيه إلى الرأى لما احتاج إلى استثناء أمور أربعة من الأمور الخمسة التى استثنى التوكيل بها من الحكم المذكور ، وهى ما سوى الخصومة لأنها مما لا يحتاج فيه إلى الرأى كما سيأتى التصريح به من المصنف ، ومع ذلك لما نعم الجمع بين تلك الأمور الخمسة في الاستثناء بكلمة واحدة ، لأن الاستثناء يصير حينئذ متصلا بالنظر إلى التوكيل بالخصومة ومنقطع بالنظر إلى التوكيل بما سواها ، وقد تقرر في كتب الأصول أن صيغة الاستثناء حقيقة في المتصل مجاز في المنقطع ، فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ، فالأظهر أن كلام القنورى هاتنا مطلق ، وبعد الاستثناء الآتى يخرج منه ما لا يحتاج فيه إلى الرأى ، وما يحتاج فيه إلى الرأى ولكن يتعلم الاجتماع عليه كالخصومة ويصير الاستثناء متصلا بالنظر إلى الكل فينتظم المقام ويتضح المرام . لأن قلت : ليس مراد المصنف أن كلام القنورى هاتنا مقيد بما ذكره المصنف قبل دخول الاستثناء عليه

(فصل)

وجه تأخير وكالة الاثنين عن وكالة الواحد ظاهر طبعيا ووضعا (وإذا وكل وكيلين ، فإن كان ذلك بكلامين كان لكل واحد منهما أن يتصرف بالتصرف) لأنه رضى برأى كل واحد منهما على الأفراد حيث وكلهما متعاقبا وإن كان بكلام واحد وهو المراد بما في الكتاب فليس لأحدهما أن يتصرف فيها وكلا به دون الآخر سواء كانا عن تازمهما الأحكام أو أحدهما صبي أو حيد محجور ، إن كان التصرف مما يحتاج فيه إلى الرأى كالبائع والمخلع وغير ذلك إذا قال وكلتكما ببائع كذا أو بمخلع كذا لأن للوكيل

الرأى القليل القالك لأن المراد توى مضاد إلى أغف الكفيل بحيث أنه لو لم يأخذ كفيلًا لم يتو ديه كما في الزمن ولا يتحقق ذلك في القيل الخاف ، لأنه لو لم يأخذ كفيلًا لتوى موت من عليه الدين بفلسا ، وفي الحوالة لا يتوى بل يرجع به على المهيول .

(فصل)

لأن الموكل رضى برأيهما لا يرى أحدهما ، والبذل وإن كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى في الزيادة واختيار المشتري . قال (إلا أن يوكلهما بالخصومة) لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلى الشغب في مجلس القضاء والرأى يحتاج إليه سابقا لتقويم الخصومة

حتى يرد عليه ما ذكر ، بل مراده بيان حاصل المعنى بملاحظة دخول الاستثناء الآتى عليه . قلت : حاصل المعنى هاهنا بملاحظة الاستثناء الآتى أن يكون التوكيل في تصرف يحتاج فيه إلى الرأى ولا يتعذر الاجتماع عليه . وهذا أنقص مما ذكره المصنف ، فبيان المعنى هاهنا بما ذكره لا يطابق الحاصل من كلام القدورى لا قبل الاستثناء ولا بعده فلا يمدى كبير طائل كما لا يمتنع . وقال المصنف في تعليل أصل المسئلة (لأن الموكل رضى برأيهما لا يرى أحدهما) إذ لا ينال برأى أحدهما ما ينال برأيهما ، حتى إن رجلا لو وكل رجلين ببيع أو بشراء فباع أحدهما أو اشترى الآخر حاضر لم ينز إلا أن يميز الآخر . وفي المتن : وكل رجلين ببيع عبده فباعه أحدهما والآخر حاضر فأجاز بيعه جاز ، وإن كان غائبا عنه فأجازه لم يمز في قول أبي حنيفة ، كذا في الذخيرة . وذكر في المبسوط : لو وكل رجلين ببيع شيء وأحدهما عبد هجور أو صبي لم يمز للآخر أن ينفرد ببيعه لأنه مارضى ببيعه وحده حين ضم إليه رأى الآخر . ولو كانا حريين فباع أحدهما والآخر حاضر فأجاز كان جائزا لأن تمام العقد برأيهما ، ولو مات أحدهما أو ذهب عقله لم يكن للآخر أن يبيعه وحده لأنه ما رضى برأيه وحده (والبذل وإن كان مقدرا) هذا جواب شبهة ، وهى أنه إذا قدر الموكل البذل في البيع ونحوه لا يحتاج إلى الرأى ، فبني أن ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في ذلك كما في التوكيل بالإحقاق بغير عوض ، فأجاب ضنا بأن البذل وإن كان مقدرا (ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى في الزيادة واختيار المشتري) يعنى أن تقدير البذل إنما يمنع النقصان لا الزيادة ، وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما للدكاء أحدهما وهدايته دون الآخر فيحتاج إلى رأيهما من هذه الحيثية ، وكلما يختار أحدهما المشتري الذى يعامل في الثمن دون الآخر فيحتاج إلى ذلك من هذه الحيثية أيضا (قال) أى القدورى في مختصره (إلا أن يوكلهما بالخصومة) هذا استثناء من قوله فليس لأحدهما أن يتصرف فيها وكلا به دون الآخر : يعنى أن أحد الوكيلين لا يتصرف بانفراده إلا في الخصومة ، فإنه لو خاضم أحدهما بدون الآخر جاز . وذكر في الفوائد الظهيرية : فإذا انفرد أحدهما بالخصومة هل يشترط حضور صاحبه في خصومته ؟ بعض مشايخنا قالوا : يشترط ، وهامة مشايخنا هل أنه لا يشترط ، وإطلاق محمد يدل على هذا . قال المصنف في تعليل ما في الكتاب (لأن الاجتماع فيها) أى في الخصومة (متعذر للإفضاء إلى الشغب) الشغب بالسكنين سبيح الشر ، ولا يقال شغب بالتحريك ، كذا في الصحاح (في مجلس القضاء) ولا بد من صيانة مجلس القضاء عن الشغب لأن المقصود فيه إظهار الحق والشغب لا يحصل ، ولأن فيه ذهاب مهابة مجلس القضاء ، فلما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار رأيهما بخصومة أحدهما (والرأى يحتاج إليه سابقا لتقويم الخصومة) إشارة إلى دفع قول زفر ، فإنه قال : ليس لأحدهما أن يخاضم دون صاحبه لأن الخصومة يحتاج فيها إلى الرأى

رضى برأيهما لا يرى أحدهما ، ولو مات أحدهما أو ذهب عقله ليس للآخر أن يتصرف (قوله والبذل وإن كان مقدرا) جواب عما يقال إذا قدر الموكل البذل فقد استغنى عن الرأى بعده فيجوز أن يتصرف أحدهما . ووجه ذلك أن البذل وإن كان مقدرا لكن التقدير لا يمنع استعماله في الزيادة ، فإذا اجتمع رأيهما احتمل أن يزداد الثمن ويختار من هو أحسن أداء للثمن . وقوله (إلا أن يوكلهما بالخصومة) استثناء من قوله فليس لأحدهما أن يتصرف فيها وكلا به دون الآخر : يعنى أن أحد الوكيلين لا يتصرف بانفراده فيما يحتاج فيه إلى الرأى إلا في الخصومة ، فإن تكلمهما فيها ليس بشرط لأن اجتماعهما عليها متعذر للإفضاء إلى الشغب في مجلس القضاء . وقوله (والرأى يحتاج إليه سابقا) إشارة إلى دفع قول من قال ليس لأحدهما أن يخاضم دون صاحبه ،

(قوله يعنى أن أحد الوكيلين الخ) أقول : لعله بيان خلاصة المعنى ، وإلا يكون الاستثناء منقطعا بالنسبة إلى اللحاق والمحق بغير عوض من غير ضرورة داعية إليه ، إذ المستغنى عنه هو كلام القدورى مطلق عن الاحتياج إلى الرأى كما لا يمتنع .

(قال : أو بطلاق زوجته بغير عوض أو بعتق عبده بغير عوض أو برد دية عنه أو قضاء دين عليه) لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي بل هو تعبير محض ، وعبرة المتني والواحد سواء . وهذا

والموكل إنما رضى برأيها . وجه الدفع أن المقصود هو اجتاع الرأي بمحصل في تقييد الخصومة سابقا عليها فيكتفي بذلك (قال : أي القدرى في غرضه (أو بطلاق زوجته بغير عوض) وهذا وما بعده معطوف على المستثنى وهو قوله بالخصومة أي أو أن يوكلهما بطلاق زوجته بغير عوض ، فإن لأحدهما أن يطلقها بانفراده (أو بعتق عبده بغير عوض) أي أو أن يوكلهما بعتق عبده بغير عوض ، فإن لأحدهما أن يعتقه وحده (أو برد دية عنه) أي أو أن يوكلهما برد دية . فإن لأحدهما أن يردها منفردا . قيد بردها ، إذ لو وكلهما بقبض دية لم يكن لواحد منها أن يتفرد بالقبض . صرح به في الذخيرة . فقال : قال محمد رحمه الله في الأصل : إذا وكل رجلين بقبض دية له فقبض أحدهما بغير إذن صاحبه كان ضامنا لأنه شرط اجتاعهما على القبض ، واجتاعهما عليه ممكن للموكل فيه فائدة . لأن حفظ اثنين أنفع . فإذا قبض أحدهما صار قابضا بغير إذن المالك فيصير ضامنا . ثم قال : فإن قيل : ينبغي أن يصير ضامنا للنصف ، لأن كل واحد منهما مأور بقبض النصف . قلنا : كل واحد منهما مأور بقبض النصف إذا قبض مع صاحبه ، وأما في حالة الانفراد فغير مأور بقبض شيء منه انتهى . وذكر صاحب المائة مضمون ما في الذخيرة هاتنا . ولكن ما عزاها إلى الذخيرة . وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن المائة : وفيه كلام ، وهو أن هذا إنما يتم إذا يقسم عند أبي حنيفة على ماسيجيء في الوديعة انتهى . أقول : ليس كلامه بشيء ، إذ منشؤه الغفول عن قيد الإذن ، فإن الذي مسيجيء في الوديعة هو أنه إن أودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يميز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه ، وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر ، وهذا عند أبي حنيفة . وقالوا : لأحدهما أن يحفظه بإذن الآخر في الوجهين انتهى . ولا ينبغي أن المجهوم منه أن لا يجوز حفظ أحدهما الكل بلا إذن صاحبه في الوجهين معا بلا خلاف ، وأن لا يجوز ذلك بإذن الآخر أيضا فيما يقسم عند أبي حنيفة خلافا لهما . وما ذكر في الذخيرة وفي المائة إنما هو فيما إذا قبض أحدهما الكل بغير إذن صاحبه ، فهو تام في الوجهين معا بالاتفاق (أو بقضاء دين عليه) أي أو أن يوكلهما بقضاء دين على الموكل ، فإن لأحدهما الانفراد فيه أيضا (لأن هذه الأشياء) يعني الطلاق بغير عوض والعناق بغير عوض ورد الوديعة وقضاء الدين (لا يحتاج فيها إلى الرأي بل هو) أي بل أداء الوكالة فيها (تعبير محض) أي تعبير محض لكلام الموكل (وعبرة المتني والواحد سواء) لعدم الاختلاف في المعنى (وهذا) أي جواز

لأن الخصومة يحتاج فيها إلى الرأي والموكل رضى برأيها . ووجه ذلك أن المقصود هو اجتاع الرأي بمحصل في تقييد الخصومة سابقا عليها فيكتفي بذلك . وقوله (أو بطلاق زوجته بغير عوض) وما بعده معطوف على المستثنى . فإذا وكل رجلين بطلاق امرأته بغير عوض فطلق أحدهما وأبى الآخر أن يطلق فهو جاز ، وكذا بالعتق المقدر ، وكذا إذا وكله برد الوديعة أو بقضاء دين عليه لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي بل هو تعبير محض ، وعبرة المتني والواحد فيه سواء ، ولو كانت قبض الوديعة بقبض أحدهما بغير إذن صاحبه ضمن لأنه شرط اجتاعهما على القبض وهو ممكن . والموكل فيه فائدة لأن حفظ اثنين أنفع ، فإذا قبض أحدهما كان قابضا بغير إذن المالك فيضمن الكل لأنه مأور بقبض النصف إذا كان مع صاحبه . وأما منفردا بغير أمور بقبض شيء منه . قوله (وهذا) أي جواز انفرد أحدهما ،

(قوله وجه ذلك أن المقصود الخ) أقول : ناظر إلى قوله إشارة إلى دفع قول من قال الخ (قوله ولو كانت قبض الوديعة بقبض أحدهما الخ) أقول : أي نصفه فيما يقسم أو الكل فيما لا يقسم . ثم أقول : هذا عام لما يقسم وما لا يقسم كالإذن ، بل هذا ظاهر فيما لا يقسم (قوله لأنه مأور بقبض النصف الخ) أقول : بين فيما يقسم إذ علم من أول الكلام حال ما لا يقسم أو بالاولوية ، ولا يبعد أن يقال أحد الوكيلين فيما لا يقسم مأور بقبض النصف أيضا ، وفي النصف الآخر غالب من الوكيل الآخر فيم الكلام قسم الوديعة فانهم . ثم أعلم أن قوله لأنه مأور بقبض النصف الخ جواب من سؤال مقدور .

بخلاف ما إذا قال هما طلقاها إن شئنا أو قال أمرها بأيديكما لأنه تفويض إلى رأيهما ؛ ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس . ولأنه علق انطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما .

انفراد أحدهما (بخلاف ما إذا قال هما طلقاها إن شئنا . أو قال أمرها بأيديكما) حيث لا يجوز انفراد أحدهما في هاتين الصورتين (لأنه) أي لأن ما قاله هما فهما (تفويض إلى رأيهما) فلا بد من اجتماعهما ، ونور ذلك بقوله (ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس) كما مر في باب تفويض الطلاق . وإذا كان تمليكا صار التطبيق مملوكا لهما فلا يقدر أحدهما على التصرف في ملك الآخر . قيل ينبغي أن يقدر أحدهما على إيقاع نصف تطلق . وأجيب بأن فيه إبطال حق الآخر ، إذ بإيقاع النصف تقع تطلق كاملة . فإن قيل : الإبطال هنا ضمنى فلا يعتبر . وأجيب بأنه لا حاجة إلى ذلك الإبطال مع قدرتهما على الاجتماع . وقال بعض الفضلاء : قوله ألا يرى أنه تمليك مقتصر على المجلس متفوض بقوله طلقاها فإنه تمليك أيضا كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة ، ولا مدخل للاقتصار على المجلس في كونه تمليكا انتهى . أقول : جميع مقدمات دليله على النقص سقيم ، أما قوله فإنه تمليك أيضا فلا يخلاف المقرر ، لأن قوله طلقاها بدون التعليق بالمشيئة توكيل لامتلاك ، وقد صرح به المصنف في باب تفويض الطلاق حيث قال : وإن قال لرجل طلق امرأتى أنه يطلقها في المجلس وبعده ، وله أن يرجع لأنه توكيل وأنه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس . بخلاف قوله لامرأته طلق نفسك لأنها حاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا له . وأما قوله كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة فلا يخلاف الواقع كما يظهر بمراجعة محله ، وأما قوله ولا مدخل للاقتصار على المجلس في كونه تمليكا فلا يخلاف المصرح به . ألا يرى إلى قول المصنف في أول فصل الاختيار من باب تفويض الطلاق : ولأنه تمليك الفعل منها والتعليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع انتهى . وإلى قوله في أواسط فصل الأمر باليد من ذلك الباب والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه انتهى (ولأنه) أي الأمر (علق الطلاق بفعلهما) أي بفعل المأمورين (فاعتبره) صيغة أمر من الاعتبار (بدخولهما) أي فاعتبر تعليق الطلاق بفعل الرجلين بدخول الرجلين ؛ أي بدخولهما الدار مثلا . يعني يشترط ثمة لوقوع الطلاق بدخولهما جميعا ، حتى لو قال : إن دخلت الدار ففسي طالق لاتطلق مالم يوجد الدخول منهما جميعا ، فكذلك هاهنا لا يقع الطلاق مالم يوجد فعل التطبيق منهما جميعا . قال صاحب النهاية : قوله ولأنه علق الطلاق بفعلهما راجع إلى قوله طلقاها إن شئنا . وقوله لأنه تفويض إلى رأيهما راجع إليه . وإلى قوله أمرها بأيديكما وقد تبعه في جعل قوله ، ولأنه علق الطلاق بفعلهما راجعا إلى قوله طلقاها إن شئنا كثيرا من الشراح ؛ فمنهم من صرح به كصاحب العناية حيث قال : قوله ولأنه علق الطلاق متعلق بقوله طلقاها إن شئنا ، ومنهم من أظهره في أثناء التحرير وهو صاحب غاية البيان وغيره حيث قالوا يصلح بيان قول المصنف فاعتبره بدخولهما ، حتى لو قال إن دخلت الدار ففسي طالق لاتطلق مالم يوجد الدخول منهما جميعا ، فكذلك هاهنا قوله طلقاها إن شئنا لا يقع الطلاق مالم يوجد فعل التطبيق منهما جميعا . أقول : وأنا لا أرى بأسا في إبقاء كلام المصنف هاهنا على ظاهر حاله . وهو أن يكون كل واحد من تعليبيه عاما للصورتين معا بناء على أن التعليق كما يوجد في صورة إن قال لهما طلقاها إن شئنا يوجد أيضا في صورة إن قال لهما أمرها بأيديكما ، وقد صرح المصنف في فصل الأمر باليد من باب تفويض الطلاق بأن جعل الأمر باليد فيه معنى التعليق . وقال الشراح في بيانه : وهذا لأن معنى أمرك يملك إن أردت طلاقك فانت

(بخلاف ما إذا قال هما طلقاها إن شئنا . أو قال أمرها بأيديكما ، لأنه تفويض إلى رأيهما ؛ ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس) كما مر . وإذا كان تمليكا صار التطبيق مملوكا لهما فلا يقدر أحدهما على التصرف في ملك الآخر ، قيل ينبغي أن يقدر أحدهما على إيقاع نصف تطلق . وأجيب بأن فيه إبطال حق الآخر . فإن قيل : الإبطال ضمنى فلا يعتبر . أجيب بأنه لا حاجة إلى ذلك الإبطال مع قدرتهما على الاجتماع (قوله ولأنه) متعلق بقوله طلقاها إن شئنا ،

(قوله ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس) أي : متفوض بقوله طلقاها فإنه تمليك أيضا كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة ولا مدخل للاقتصار على المجلس في كونه تمليكا .

قال (وليس الوكيل أن يوكل فيما وكل به) لأنه فوّض إليه التصرف دون التوكيل به . وهذا لأنه رضى برأيه والناس متفاوتون في الآراء .

طابق انتهى . ولذلك لم أخصص قوله ولأنه خلق الطلاق بفعلهما الخ بصورة إن قال هما طلاقها إن شأنا . بل شرحته بوجه يعم صورتين معا كما رأيت (قال) أى القدرى في مختصره (وليس لوكيل أن يوكل فيما وكل به ، لأنه) أى الموكل (فوّض إليه) أى إلى الوكيل (التصرف) أى التصرف الذى وكل به (دون التوكيل به) أى لم يفوض إليه التوكيل بذلك التصرف فلا يمكنه (وهذا) أى عدم جواز توكيل الوكيل فيما وكل به (لأنه) أى لعل أن الموكل (رضى برأيه) أى برأى الوكيل (والناس متفاوتون في الآراء) فلا يكون الرضا برأيه رضا برأى غيره فيكون الوكيل في توكيل الغير مباشرا غير ما أمر به الموكل ولا يجوز . قال صاحب العناية : وفيه تشكيك ، وهو أن تفاوت الآراء مدرك ييقن وإلا لما جاز التعليل به . فجاز أن يكون الوكيل الثانى أقوى من الأول . وأيضا الرضا برأى الوكيل وردّ توكيله تناقض ، لأن الوكيل الثانى لو لم يكن أقوى رأيا أو قوته فرأى الأول لما وكله فرد توكيله مع الرضا برأيه مما لا يمتنع . ويمكن أن يجاب عنه بأن العبرة في القوة في الرأى لما يكون بسبب ظن الموكل ، وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأى والتصرف في الأمور ولم يأذن له بالتوكيل كان الظاهر من حاله أنه ظن أن لا تخفى من يفوقه في هذا التصرف ، فقبول توكيله حيث لا تناقض لظنه فلا يجوز انتهى . أقول : الجواب الذى ذكره إنما يدفع الوجه الأول من التشكيك المذكور دون الوجه الثانى منه ، لأن قبول توكيل الأول وإن كان متناقضا لظن الموكل ، إلا أن ردّ توكيله أيضا متناقض لرضا الموكل برأى الوكيل كما ذكره في الوجه الثانى منه ، فما رجحان في إثبات هذا التناقض على ذلك التناقض ؟ أم أقول في الجواب عن الوجه الثانى منه : إن الموكل إنما رضى برأى الوكيل في تصرف خاص وهو ما وكل به من البيع أو الشراء أو الإجارة أو نحو ذلك ، والتوكيل ليس بدخول في ذلك التصرف فلا تناقض في ردّ توكيله ، وإنما يصير ذلك تناقضا لو كان رضا الموكل برأى الوكيل في التوكيل أو برأيه مطلقا ، ولهذا إذا أذن له الموكل في التوكيل أو قال له اعمل برأيتك يجوز توكيله كما سبق . وأعرض بعض الفضلاء على قول المصنف لأنه رضى برأيه والناس متفاوتون في الآراء بأن الدليل خاص بما يحتاج إلى الرأى والمدعى عام لغيره أيضا . أقول : أصل الدليل أنه رضى بفعله دون فعل غيره ، والناس متفاوتون في الأفعال

فإن الطلاق فيه معلق بفعلهما وهو التعلق ، فيكون معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار ، فإن بدخول أحدهما لا يقع الطلاق ، فكذلك هاهنا . فإن قيل : ففى قوله طلاقها أيضا معلق بفعلهما ، ويقع بإيقاع أحدهما . أجيب بالنعم ، فإنه ليس فيه ما يدل على ذلك ، بخلاف ما نحن فيه فإن فيه حرف الشرط وهو قوله إن شأنا . فإن قيل : فاجعله مثل قوله أمرها بأيديكما مفوضا إلى رأيها . أجيب بأنه ليس بمحتاج إلى الرأى بخلاف الأمر باليد . قال (وليس الوكيل أن يوكل فيما وكل به الخ) وليس الوكيل أن يوكل فيما وكل به لأنه فوّض إليه التصرف فيما وكل به ، والتوكيل ليس بتصرف فيه . (قوله وهذا لأنه رضى برأيه والناس متفاوتون في الآراء) وفيه تشكيك ، وهو أن تفاوت الآراء مدرك ييقن وإلا لما جاز التعليل به فجاز أن يكون الوكيل الثانى أقوى رأيا من الأول . وأيضا الرضا برأى الوكيل وردّ توكيله تناقض ، لأن الوكيل الثانى لو لم يكن أقوى رأيا أو قوته في رأى الأول لما وكله ، فرد توكيله مع الرضا برأيه مما لا يمتنع . ويمكن أن يجاب عنه بأن العبرة بالقوة في الرأى لما يكون بسبب ظن الموكل ، وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأى والتصرف في الأمور ولم يأذن له

(قوله فإن قيل فاجعله) أقول : التفسير في قوله فاجعله راجع إلى قوله طلاقها في قوله طلاقها الخ (قال المصنف : لأنه رضى برأيه) أقول : للدليل خاص بما يحتاج إلى الرأى والمدعى عام لغيره أيضا (قوله فجاز أن يكون الوكيل الثانى أقوى رأيا الخ) أقول : فيكون الرضا بتوكيله ثابتا بطريق الأول (قوله وأيضا الرضا برأى الوكيل الخ) أقول : لا يلزم عليك أنه إنما رضى برأيه في التصرف فيما وكل به وليس التوكيل منه والناس متفاوتون ، وليس كل من هو مدعى بطريق المعاملات أمرف وأمره بأحوال الرجال فيشمل ذلك يعني أن يحصل كلام الشارح على هذا (قوله لم يكن أقوى رأيا أو قوته) أقول : التفسير في قوله أو قوته راجع إلى قوله رأيا ،

قال (إلا أن يأذن له الموكل) لوجود الرضا (أو يقول له اعمل برأيك) لإطلاق التفويض إلى رايه ، وإذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكلا عن الموكل حتى لا يملك الأول عزله ولا ينتزل بموته وينتزلان بموت الأول ، وقد مر نظيره في أدب القاضي .

فيم مامعه المدهى ، إلا أنه أخرج الكلام مخرج الغالب فقال : لأنه رضى برأيه الناس متفاوتون في الآراء (قال) أي القدروري في مختصره (إلا أن يأذن له الموكل) استثناء من قوله وليس للوكيل أن يوكل فيها وكل به ، فإنه إذا أذن له في ذلك يجوز أن يوكل غيره (لوجود الرضا) أي لوجود الرضا حينئذ برأى غيره أيضا (أو يقول له) عطفت على يأذن له الموكل : أي أو إلا أن يقول للوكيل (اعمل برأيك) فيجوز أيضا أن يوكل غيره (لإطلاق التفويض إلى رايه) أي إلى رأى الوكيل فيدخل توكيله الغير تحت الإجازة . قال المصنف (وإذا جاز في هذا الوجه) أي إذا جاز توكيل الوكيل غيره في هذا الوجه الذي يجوز التوكيل فيه وذلك بأن يأذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك فوكل غيره (يكون الثاني) أي الوكيل الثاني وهو وكيل الوكيل (وكيلا عن الموكل) لأن الوكيل الأول (حتى لا يملك الأول) أي الوكيل الأول (عزله) أي عزله الوكيل الثاني (ولا ينتزل) أي بموت الوكيل الثاني (بموت) أي بموت الوكيل الأول (وينتزلان) أي الوكيل الأول والوكيل الثاني (بموت الأول) أي بموت الموكل الأول (وقد مر نظيره في أدب القاضي) وهو ما ذكره في فصل آخر قبل باب التحكيم بقوله وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك ، إلى أن قال : وإذا فوض إليه يملكه فيصير الثاني نائباً عن الأصل حتى لا يملك الأول عزله . أقول : والمعجب من الشراح هاهنا سبياً من فحلم كصاحب العناية وصاحب غاية البيان وصاحب مراجع الدعاية أنهم قالوا في بيان مامر نظيره في أدب القاضي وهو ما ذكره هناك بقوله وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك . إلى أن قال : ولو قضى الثاني بمحض من الأول أوقضى الثاني فإجازة الأول جاز كما في الوكالة ، فحققوا

بالتوكيل الظاهر من حاله أنه ظن أن لأئمة من يفوقه في هذا التصرف فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز (قوله إلا أن يأذن) استثناء من قوله وليس للوكيل أن يوكل ، فإنه إن أذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك فقد رضى برأى غيره أو أطلق التفويض إلى رايه . وذلك يدل على تساويه مع غيره في التصرف في ظنه فجاز توكيله كما جاز تصرفه ، وإذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكلا عن الموكل حتى لا يملك الأول عزله ولا ينتزل بموته وينتزلان بموت الأول ، وقد مر نظيره في أدب القاضي حيث قال : وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك إلى آخر ما ذكر ثم ، فإن وكل الوكيل بغير إذن موكله فقد وكله بنفسه جاز لأن المقصود حضور الرأى وقد حصل . قيل أحد الوكيلين بالبيع إذا باع بغير إذن صاحبه لم يكتف بمحضوره بل لا بد من الإجازة صريحاً ذكره في الأخيرة ، فما الفرق بينهما ؟ وأجيب بأن صاحب الأخيرة قال : محمد رحمه الله قال في الجامع الصغير : إذا باع الوكيل الثاني بمحضرة الأول جاز ، ولم يشترط للجواز إجازة الوكيل الأول ، وهكذا ذكره في وكالة الأصل في موضع ، وذكر في موضع آخر منها وشرط إجازته قال إذا باع الوكيل الثاني والوكيل الأول حاضراً أو غائب فأجاز الوكيل جاز . حكى عن الكرخي رحمه الله أنه كان يقول : ليس في المسئلة روايتان ، ولكن ما ذكره مطلقاً في بعض المواضع أنه يجوز إذا باع بمحضرة الأول محمول على ما إذا أجاز ، فكان يعمل المطلق على المكيد ، وإلى هذا ذهب بعض عامة المشايخ رحمهم الله . وهذا لأن توكيل الوكيل الأول لما لم يصح لعدم الإذن به صار كالعدم ، وعاد الوكيل الثاني فضولاً وعقده محتاج إلى الإجازة البتة ، ومنهم من جعل في المسئلة روايتين ، ووجه عدم الجواز بلونهما ماذكر . ووجه الجواز أن المقصود

(قوله أنه ظن أن لأئمة من يفوقه من هذا التصرف) أقول : الظاهر أن يقال في هذا التصرف (قوله فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز) أقول : متى قبول توكيله جبراً من الشرع (قال المصنف : حتى لا يملك الأول عزله) أقول : فيه أنه ينبغي أن يملك عزله فيما إذا قال الموكل اعمل برأيك (قوله وأجيب بأن صاحب الأخيرة قال : عند قال في الجامع الصغير (البحر) أقول : قوله عند معقول القول ومبنياً وقوله قال في الجامع الغ غيبه (قوله وعاد الوكيل الثاني فضولاً وعقده محتاج إلى الإجازة البتة) أقول : التفسير في قوله وعقده راجع إلى قوله فضولاً

قال (فإن وكل بغير إذن موكله فقد وكيله بحضرته جاز) لأن المقصود حضور رأى الأول وقد حضر :

الكلام في قوله كما في الوكالة مع أن نظير ما ذكره المصنف هنا إنما هو ما تركوه ، وهو قوله هناك بعد ذكر ما ذكره : وإذا فوّض إليه يملكه بصير الثاني نائباً عن الأصل حتى لا يملك الأول عزله ، وكأنهم إنما اعتروا بما في قوله كما في الوكالة من التشبيه بالوكالة ، لكن مراده بذلك إنما هو التشبيه بما سيأتى من أنه إن وكل بغير إذن موكله فقد وكيله بحضرته جاز لا التشبيه بما نحن فيه كما لا يخفى . بقى هاهنا بحث ، وهو أن قول المصنف حتى لا يملك الأول عزله ظاهر في صورة أن يأذن له الموكل في التوكيل لأن الإذن له في ذلك لا يقتضى الإذن له في العزل أيضاً ، وأما في صورة أن يقول له اعمل برأيك فهو مشكل لأنهم صرحوا بأن قوله اعمل برأيك توكيل عام فيدخل في محومه توكيل الوكيل غيره ، وأنه إثبات صفة المالكية للوكيل فيملك توكيل غيره كالمالك ، فيحتل بغيره أن يملك الوكيل الأول عزل الوكيل الثاني أيضاً بعموم وكالته عن الموكل الأول ، ويكون كالمالك بإثبات صفة المالكية له ، كما أن للقاضي أن يستخلف على القضاء وأن يعزل عنه إذا فرض إليه التصب والعزل من قبل الخليفة على ما عرف في محله . ويؤيد هذا ما ذكره الإمام قاضيه خان في فتاواه حيث قال : رجل وكل رجلاً بالخصومة وقال له ما صنعت من شيء فهو جائز فوكل الوكيل بذلك غيره جاز توكيله ، ويكون الوكيل الثاني وكيل الموكل الأول لا وكيل الوكيل ، حتى لو مات الوكيل الأول أو عزل أو جن أو ارتد أو لحق بدار الحرب لا ينزل الوكيل الثاني ، ولو مات الموكل الأول أو جن أو ارتد أو لحق بدار الحرب ينزل الوكيلان ، ولو عزل الوكيل الأول الوكيل الثاني جاز عزله لأن الموكل الأول رضى بصنيع الأول وعزل الأول الثاني من صنيع الأول ، إلى هاهنا كلامه . ولا يخفى أن الموكل الأول فيما نحن فيه أيضاً رضى بعمل الوكيل الأول برأيه ، وأن عزل الوكيل الأول الثاني من عمله برأيه فينبغي أن يجوز عزله بإياه . والفرق بينهما مشكل دونه غلط القتاد (قال : أى القدورى في تحصيله) فإن وكل (أى الوكيل (بغير إذن موكله فقد وكيله) أى وكيل الوكيل (بحضرته) أى بحضرة الوكيل الأول (جاز) أى جاز العقد (لأن المقصود) أى مقصود الموكل الأول (حضور رأى الأول) أى حضور رأى الوكيل الأول (وقد حضر) أى وقد حضر رأيه في الصورة المذكورة فحصل مقصوده فجاز العقد . قال صاحب النهاية : فإن قلت : ما الفرق بين هذا وبين أحد الوكيلين بالبيع إذا باع بغير إذن صاحبه فإنه لم يكتف هناك بمجرد حضرة صاحبه ، بل لابد من الإجازة صريحاً كما ذكر في الذخيرة والمبسوط . قلت : ما ذكره في الجامع الصغير من أن عقد وكيل الوكيل جائز عند حضرة الوكيل الأول محمول على ما إذا أجاز الوكيل الأول عقد الوكيل الثاني لا مطلق الحضرة ، هكذا ذكر في الذخيرة . وقال :

حضور رأى وهو حاصل عند الحضور فلا يحتاج إلى الإجازة ، بخلاف الغيبة ، وعلى هذا أحد وكيل البيع ، وفيه نظر . أما فيما نقل عن محمد رحمه الله فإنه قال : والوكيل الأول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل ، وليس ذلك نصاً في اشتراط الإجازة للحاضر بل هو أن يكون قوله فأجاز مطلقاً بقوله أو غائب فقط ، وأما في تعليلهم فأنه معارض بأن المقصود هو رأى ، وقد حضر كما ذكره . وتوجيه كونه فضولياً في أحد وكيل البيع ليس كوكيل الوكيل لأنه مأومر من الموكل في الجملة ، بخلاف وكيل الوكيل ، ولعل الصواب أن الإجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وبشرط لصحة عقد أحد

(قوله وهو أصل) أقول : الظاهر أن يقال وهو حاصل (قوله وفيه نظر ، أما فيما نقل عن محمد فإنه قال : والوكيل الأول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل وليس ذلك نصاً في) أقول : أتت خبره بأن قوله فأجاز الوكيل الأول حلف على قوله إذا باع الوكيل الثاني البيع فيكون متعلقاً بكل منهما . ثم لو كانت العبارة وأجاز بالواو فيجوز كونه مبالغة لا حلف مذكور فتأمل . ثم أقول : لا يخفى عليك أن ما لا مذكور تحفة مشايخنا في مثل ذلك الأمر الذي لا يخفى على أسافر الطلبة ، والظاهر أن فهم هذا المعنى ليس من تلك العبارة فقط بل بالفهم قرآن في أثناء تقرير دليل المسئلة أو غيره ، بل الظاهر أن ما ذكره ليس عبارة محمد بمنها بل تصرفوا فيها وأوجزوها (قوله فأنه معارض بأن المقصود البيع) أقول : وإذا تدارسنا تساملاً وبقر كون الأصل في التوكيل المخصوص سالماً عن المعارضة فلا يجوز إلا إجازة فتأمل (قوله) وتوجيه كونه فضولياً ، إلى قوله : بخلاف وكيل الوكيل (أقول : هو غير مأومر بالتصرف مستقلاً فيكون في تصرفه كذلك فضولياً ، ألا ترى أن أحدهما إذا قبض نصف اللدنية ضمن كما سبق في السحيفة السابقة .

وتكلموا في حقوقه .

ثم إن محمدا رحمه الله قال في إجماع الصغير : إذا باع الوكيل الثاني بمحضرة الوكيل الأول جاز ولم يشترط للجواز إجازة الوكيل الأول . وهكذا ذكر في وكالة الأصل في موضع . وذكر في موضع آخر من وكالة الأصل وشرط إجازته فقال : إذا باع الوكيل الثاني والوكيل الأول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل الأول جاز . وحكى عن الخرقي أنه كان يقول : ليس في المسئلة روايتان . ولكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع أنه يجوز إذا باع بمحضرة الأول محمول على ما إذا أجاز ، فكان يحصل المطلق على المقيد . وإلى هذا ذهب عامة المشايخ ، وهذا لأن توكيل الوكيل الأول لما لم يصح لأنه لم يؤذن له في ذلك صار وجود هذا التوكيل وعدمه بمنزلة . ولو عدم التوكيل من الأول حتى باعه هذا الرجل والوكيل غائب أو حاضر فإنه لا يجوز عقد هذا الفضولي إلا بإجازته . لأن الإجازة لبيع الفضولي لا تثبت بالسكوت لكون السكوت احتملا ، كذا هاهنا . ومنى أجاز فإنما يجوز لأن الوكيل يملك مباشرة بنفسه فيملك إجازته بالطريق الأولى . ومنهم من يعمل في المستلثين روايتين . وجه رواية الجواز من غير إجازة الأول أن بيع الثاني حال غيبة الأول إنما لا يصح لتعثر العقد عن رأى الأول . ومنى باع بمحضرة فقد حضر هذا العقد رأى الأول . وعلى هذا أحد وكيل البيع والإجازة إذا أمر صاحبه بالبيع أو الإجازة فباع بمحضرة ، في رواية لا يجوز إلا بإجازته . وفي رواية يجوز من غير إجازته انتهى . وافق أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع . قال صاحب العناية بعد نقل السؤال والجواب : وفيه نظر . أما فيما نقل عن محمد فإنه قال : والوكيل الأول حاضر أو غائب . فأجاز الوكيل . وليس ذلك نصا في اشتراط الإجازة للحاضر لجواز أن يكون قوله فأجاز متعلقا بقوله أو غائب فقط ، وأما في تعليلهم فلأنه معارض بأن المقصود وهو الرأى وقد حضر كما ذكره انتهى . وأجاب بعض الفضلاء عن نظره فيما نقل عن محمد حيث قال : أنت خير بأن قوله فأجاز الوكيل عطف على قوله إذا باع الوكيل الثاني الباع فيكون متعلقا بكل منهما . نعم لو كانت العبارة وأجاز بالواو فيجوز كونها حالية لاحتمل ما ذكره انتهى . أقول : وفيه نظر ، لأنه يجوز أن تكون الفاء في قوله فأجاز الوكيل للسببية لا للعطف . كما في قولك : زيد فاضل فأكرمه ، وبواللذي يطير فيغضب زيد اللباب على ما ذكرنا في موضعه . ولئن سلم كونها للعطف وكون قوله فأجاز الوكيل عطفا على قوله إذا باع الوكيل الثاني الباع فلا نسلم كون قوله فأجاز الوكيل متعلقا بكل من يلبى المعطوف عليه : أعني قوله والوكيل الأول حاضر أو غائب ، إذ قد تقرر في محله أن المعطف على مقيد بشئ إنما يوجب تقييد المعطوف بذلك الشيء . فبما إذا كان القيد مقدما على المعطوف عليه ، كما في قولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيدا . وقولنا إن جئتني أعطك وأكسك . وأما فيما لا يتقدم عليه فلا يوجب تقييده بذلك في شيء ، وما نحن فيه من هذا القبيل كما لا يخفى ، فلم يجب فيه أن يتقيد المعطوف بقيد المعطوف عليه بل جاز أن يتعلق بواحد منهما فقط . ثم قال صاحب العناية : ولعل الصواب أن الإجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد أحد الوكيلين ، والفرق بينهما أن وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة ، وأما أحد الوكيلين فليس كذلك : فلم يكن سكوته رضا لجواز أن يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير إذن من صاحبه انتهى . قال المصنف (وتكلموا في حقوقه) أي في حقوق عقد الثاني بمحضرة الأول : يعني إذا باع بمحضرة الأول حتى جاز فالهدة على من تكون ؟ لم يذكره محمد في إجماع الصغير وتكلم المشايخ فيه . قال الإمام الهروي : منهم من قال الهدة على الأول لأن الموكل

الوكيلين . والفرق بينهما أن وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة ، وأما أحد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضا لجواز أن يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير إذن من صاحبه . هذا مانسحب في هذا الموضع ، والله أعلم بالصواب . (قوله وتكلموا في حقوقه) يعني إذا باع بمحضرة الأول حتى جاز فالهدة على من تكون ؟ لم يذكره محمد رحمه الله في إجماع الصغير ، وتكلم المشايخ وجمعهم الله في ذلك ، فمنهم من قال على الأول لأن الموكل إنما رضى بترؤم الهدة عليه لا الثاني . ومنهم من قال على الثاني إذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الأول ، ولثالثي

(وإن عقد في حال غيبته لم يميز) لأنه فات رأيه إلا أن يبلغه فيجيزه (وكذا لو باع غير الوكيل قبله فاجازه) لأنه حضر رأيه (ولو قدر الأول الثمن للثاني فقد بغيبته يجوز) لأن الرأي فيه يحتاج إليه لتقدير الثمن ظاهراً وقد حصل ، وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن ، لأنه لما فوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأييهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه . أما إذا لم يقدر الثمن وفوض إلى الأول كان غرضه رأيه في معظم الأمر وهو التقدير في الثمن .

إنما رضى بلزوم المصلحة على الأول دون الثاني ، ومنهم من قال المصلحة على الثاني إذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الأول ، والثاني كالوكيل للموكل الأول ، حتى لو مات الموكل الأول ينزل الوكيل الثاني بموته . ولا ينزل بموت الموكل الثاني وهو الوكيل الأول ، كما في الملتقط . وقال في الذخيرة : ثم إذا باع أو اشترى بمضرة الأول حتى جاز فالمصلحة على من ؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الجامع الصغير ، وذكر الباقى في فتاواه أن الحقوق ترجع إلى الأول . وفي حيل الأصل والميون أن الحقوق ترجع إلى الثاني انتهى . وقال في فتاوى قاضيخان : فإن وكل غيره فباع الوكيل الثاني بمضرة الأول جاز . وحقوق العقد ترجع إلى الوكيل الأول عند البعض ، وذكر في الأصل أن الحقوق ترجع إلى الوكيل الثاني وهو الصحيح انتهى (وإن عقد) أى الوكيل الثاني (في حال غيبته) أى في حال غيبة الوكيل الأول (لم يميز) أى لم يميز العقد (لأنه فات رأيه) أى رأى الوكيل الأول فلم يحصل مقصود الموكل وهو حضور رأيه (إلا أن يبلغه) أى إلا أن يبلغ خبر عقد الوكيل الثاني الوكيل الأول (فيجيزه) أى فيجيز الوكيل الأول ذلك العقد فينبط يجوز لتحقق رأيه (وكذا لو باع غير الوكيل) أى وكذا يجوز لو باع الأجنبية (قبله) أى قبل خبر البيع الوكيل (فاجازه) أى فأجاز البيع بعد بلوغ الخبر (لأنه حضره رأيه) أى بإيجازته (ولو قدر الأول) أى الوكيل الأول (الثمن) أى نحن ما أمر بيبه (للثاني) أى للوكيل الثاني الذى وكله بغير إذن موكله بأن قال له بهم بكذا (فعقد بغيبته) أى فعقد الثاني بذلك الثمن المقدّر بغيبة الأول (يجوز) أى العقد لأن الرأي يحتاج إليه فيه لتقدير الثمن ظاهراً (وإنما قال ظاهراً احترازاً عما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن كما سيأتى بيانه (وقد حصل) أى وقد حصل تقدير الثمن الذى هو المقصود بالرأى . واهتم أن هذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف ، وحل رواية كتاب الوكالة لا يجوز لأن تقدير الثمن إنما يمنع التصان لا الزيادة ، فلو باشر الأول ربما باع بالزيادة على المقدار المعين للدائه وهدايت . قال المصنف (وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن) فإنه لا يجوز بيع أحدهما بذلك المقدار (لأنه لما فوض إليهما) أى لأن الموكل لما فوض الرأي إلى الوكيلين (مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأييهما في الزيادة واختيار المشتري) الذى لا يعاطل في تسليم الثمن (على ما بيناه) إشارة إلى قوله فيما مر والبدل وإن كان مقدراً ، ولكن التقدير لا يمنع استصمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري (أما إذا لم يقدر) أى الموكل (الثمن وفوض إلى الأول) أى وفوض الرأي إلى الوكيل الأول (كان غرضه) أى غرض الموكل (رأيه) أى رأى الوكيل الأول (في معظم الأمر) أى معظم أمر عقد البيع (وهو التقدير في الثمن) وذلك لأن المقصود من

والثاني كالوكيل للموكل الأول ، حتى لو مات الموكل الأول انزل الوكيل الثاني بموته ولا ينزل بموت الموكل الثاني (وإن عقد الثاني في غيبة الأول لم يميز) لفوات رأيه إلا أن يبلغه فيجيزه ، كما لو باع غير الوكيل قبله فاجازه بحضور رأيه ، ولو قدر الأول الوكيل الأول الثمن للثاني فقد بغيبته جاز لأن الرأي يحتاج إليه لتقدير الثمن ظاهراً وقد حصل التقدير ، وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف رحمه الله ، وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لأن الأول لو باشر ربما باع بالزيادة على المقدار المعين للدائه وهدايت ، وإنما قال ظاهراً احترازاً عما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن فإنه لا يجوز بيع أحدهما بذلك المقدار ، لأنه لما فوض إليهما

(قوله حتى لو مات الموكل الأول انزل الوكيل الثاني بموته ولا ينزل بموت الموكل الثاني) أقول : فيه نظر ، إذ يقال ثبت العرس

قال (وإذا زوج المكاتب أو العبد أو الذي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة أوباع أو اشترى لها لم يميز) معناه التصرف في مالها لأن الرق والكفر يقطعان الولاية ؛ ألا يرى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره ، وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ، ولأن هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض إلى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر . والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوتس لإيهما

البياعات الاسترباح ، والمادة جرت في الوكالة أن يوكل الأهدى في تمصيل الأرباح . وذلك إنما يكون في التوكيل بتقدير ضمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الأول . فبعد ذلك لا يبايئ بناية الآخر عنه في مجرد العبارة . كذا في الشروح . أقول : لقال أن يقول : اختيار المشتري الذي لا يعاطل في تسليم الثمن من مهمات البياعات ومعطيات أمورها أيضا كما أشار إليه المصنف فيما مر بقوله والبدل وإن كان مقنرا ، ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري ، فكيف يتم أن يقال هاتما : فبعد ذلك لا يبايئ بناية الآخر عنه في مجرد العبارة (قال) أي محمد في الجامع للصغير (وإذا زوج المكاتب أو العبد أو الذي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة أو باع) أي أو باع واحد منهم (أو اشترى لها) أي الصغيرة الموصوفة المذكورة (لم يميز) أي لم يميز شيء من تصرفاتهم المذكورة . قال المصنف (معناه) أي معنى قول محمد : أو باع أو اشترى لها (التصرف في مالها) أي في مال الصغيرة المذكورة بالبيع أو الشراء ؛ وإنما احتجنا إلى هذا التأويل لأن قوله أو اشترى لها يحتمل معنيين : أحدهما أن يشتري لها شيئا من مال نفسه ، والآخر أن يشتري لها بملها . ولما كان الأول جائزا للأصالة كان المراد هاتما هو الثاني . وقال في تبليط المسئلة (لأن الرق والكفر يقطعان الولاية) يعني أن التصرفات المذكورة من باب الولاية ، والرق في العبد والمكاتب والكفر في الذي يقطعان الولاية (ألا يرى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره) يعني إذا لم يكن له ولاية على نفسه لم تكن له ولاية على غيره بالطريق الأولى . لأن الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة (وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم) لقوله تعالى - ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا - (حتى لا تقبل شهادته) أي شهادة الكافر (عليه) أي على المسلم (ولأن هذه) أي هذه الولاية (ولاية نظرية) أي ولاية ثابتة نظرا للضعفاء والصغار لعجزهم (فلا بد من التفويض) أي تفويض هذه الولاية (إلى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر) بالقدرة والشفقة (والرق يزيل القدرة) قال الله تعالى - ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء - (والكفر يقطع الشفقة على المسلم) كما لا يخفى (فلا تفوتس لإيهما)

مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة ، واختيار المشتري على مامر من قوله ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري . وأما إذا لم يقدر الثمن ففوتس إلى الأول كان غرضه رأيه في معظم الأمر وهو التقدير في الثمن ، وذلك لأن المقصود من البياعات الاسترباح ، والمادة جرت في الوكالات أن يوكل الأهدى في تمصيل الأرباح ، وذلك إنما يكون في التوكيل بتقدير ضمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الأول ، فبعد ذلك لا يبايئ بناية الآخر عنه في مجرد العبارة . قال (وإذا زوج المكاتب أو العبد أو الذي ابنته) إذا زوج المكاتب أو العبد أو الذي ابنته وهي صغيرة مسلمة حرة أو باع أو اشترى لها . يعني تصرف في مالها بالبيع أو الشراء لم يميز ذلك ، وإنما احتجنا إلى التأويل لأن قوله أو اشترى لها يحتمل أن يكون معناه اشترى لها من مال نفسه ، وذلك جائز لأصالة لأن التصرفات المذكورة من باب الولاية ولا ولاية مع الكفر والرق . أما الرق فلا لأن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره ، وهو محجور عن التصرف المالى إلا بتوكيل من غيره وليس بموجود . وأما الكافر فلا ولاية له على المسلم الحرة لقوله تعالى - ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا - ولهذا لا تقبل شهادته عليه ، ولأنها ولاية نظرية وهي محتاج إلى قدرة وشفقة ليتحقق معنى النظر ، والرق يزيل القدرة . والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوتس لإيهما . قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : والمرئ إذا مات على رده والخزني كذلك

(قوله فيه ذلك لا يبايئ بناية الآخر عنه الخ) أقول : اختيار المشتري أيضا من معطيات أمور التجار فلا نسلم أنه بعد تقدير الوكيل الأول الثمن تكون النية فبيد العبارة .

(قال أبو يوسف ومحمد : والمرء إذا قتل على رءته والحربى كذلك) لأن الحربى أبعد من الذى فأولى بساب الولاية ، وأما المرء فتصرفه فى ماله وإن كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالإجماع لأنها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهى مترددة ، ثم تستقر جهة الانقطاع إذا قتل على الرءة فيبطل وبالإسلام يجعل كأنه لم يزل مسلما فيصح .

أى فلا تفوض هذه الولاية النظرية إلى العبد والكافر . قال الشارح العيى : وفى بعض النسخ : إلى العاقد المشفق مكان القادر المشفق ، وجعل الشارح الكاكى هذه النسخة أصلا . وقال : وفى بعض النسخ إلى القادر مكان العاقد . أقول : وأنا لم أر نسخة إلى العاقد قط ولم أجد لها وجهها هاهنا ، إذ لا يجوز حينئذ لقول المصنف والرفق بزيل القدرة متعلق كما لا يخفى على القطن (قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : والمرء إذا قتل على رءته والحربى كذلك) أى لا يجوز تصرفهما على ولدهما المسلم وماله . قال الشارح : إنما خص قولهما بالذكر مع أن هذا حكم جميع عليه لأن الشبهة إنما ترد على قولهما لأن تصرفات المرء بالبيع والشراء ونحوها نافذة ، وإن قتل على الرءة عندهما بناء على الملك وقد تركا أصلهما فى تصرفاته على ولده ومال ولده فلها موقوفة بالإجماع . أقول : قد أدرج فى قولهما الحربى أيضا ، والعلم الذى ذكروه لا يعبرى فيه قطعا فلا يتم (لأن الحربى) وإن كان مستأنا (أبعد من الذى) لأن الذى صار منا دارا وإن لم يصبر منا ديننا . وقد تحقق منه ما هو خلف من الإسلام وهو الجزية ، بخلاف الحربى فإنه لم يتحقق فى حقه شيء من الأصل والخلف (فأولى بسلب الولاية) أى فالحربى أولى بسبب الولاية : يعنى إذا سلبت ولاية الذى كما عرفت فالحربى أولى بسلبها (وأما المرء فتصرفه فى ماله وإن كان نافذا عندهما) أى عند أى يوسف ومحمد رحمهما الله (لكنه) أى لكن تصرفه (موقوف) أى موقوف على إسلامه ، إن أسلم صح ، وإن مات أوقلت أولئك بدار الحرب بطل (على ولده ومال ولده) متعلق بمآيرجع إليه ضمير لكنه وهو التصرف بمعنى الولاية : يعنى لكن تصرفه : أى ولايته على ولده ومال ولده موقوف على إسلامه (بالإجماع) متعلق بقوله موقوف . أقول : لا يخفى على من له فطرة سليمة ووقوف على العربية ومسائل المرء أن فى كلام المصنف هاهنا تعقيدا قبيحا واحتياجا إلى بيان معناه بالوجه الذى شرعناه به . وأنا أتمسج من الشراح كيف لم يتصرفوا له أصلا مع تعقيدهم بكثير من الأمور الجزئية البينة فى مواضع شتى . فتحق العبارة هاهنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال : وأما المرء فلان ولايته على أولاده وأموالهم موقوفة بالإجماع (لأنها) أى لأن ولاية الأب على ولده ومال ولده (ولاية نظرية وذلك) أى الولاية النظرية بتأويل المذكور ، أو بأن استعمال ذلك مشترك (باتفاق الملة) أى بسبب اتفاق الملة بين الأب والولد (وهى) أى الملة (مترددة) فى حق المرء لكونها معلومة فى الحال لكنها مرجحة الوجود لأن المرء مجبور عليها فيجب التوقف (ثم تستقر جهة الانقطاع إذا قتل على الرءة فيبطل) أى تصرفه (وبالإسلام) أى بالعود إلى الإسلام (فيصح) أى المرء (كأنه لم يزل مسلما فيصح) أى تصرفه . أقول : بقى فى هذا المقام شيء ، وهو أن ما ذكره من قوله وإذا تزوج المكاتب أو العبد أو الذى ابنته إلى هاهنا ليس من مسائل الوكالة قط ، وقد وجد ذكره مرة فى باب الأولياء والأكتفاء من كتاب النكاح حيث قال فيه : ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون ، لأنه لا ولاية لم على أنفسهم فأولى أن لا تثبت على غيرهم ، ولأن هذه ولاية نظرية ، ولا نظرى فى التفويض إلى هؤلاء ، ولا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى

لأن الحربى أبعد من الذى وإن كان مستأنا ، لأن الذى صار منا دارا وإن لم يصبر منا ديننا ، وقد تحقق منه ما هو خلف عن الإسلام دون الحربى ، فإذا سلبت ولاية الذى فالحربى أولى . وأما المرء فتصرفه فى ماله وإن كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالإجماع إن أسلم جاز ، وإلا فلا لأنها ولاية نظرية ، وذلك أى الولاية النظرية بتأويل المذكور ، أو بأن استعمال ذلك مشترك باتفاق الملة ، والملة مترددة لكونها معلومة فى الحال لكنها مرجحة الوجود لأنه مجبور عليه فيجب التوقف ، فإن قتل " تستقر جهة الانقطاع فيبطل عقوده ، وإن أسلم جعل كأنه لم يزل مسلما فصحت . ولما كان أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تركا أصلهما فى نفوذ تصرفات المرء " خص قولهما بالذكر بقوله قال أبو يوسف ومحمد وإن كانت المسئلة بالاتفاق .

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

قال (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) عندنا خلافا لزرر. هو يقول رضى بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به .

- ولن يعمل الله للكافرين على المؤمنين شيلا - ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان انتهى . فذكره مرة أخرى سببا في كتاب الوكالة بعيد المناسبة .

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

آخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لأن الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاءه من هو في ذمته ، وذلك في الأغلب يكون بمطالبة المبيع أو الثمن . أولها مهجورة شرعا فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور ، كذا في العناية . وذكر الوجه الثاني في سائر الشروح أيضا . واضرأ عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث ، لأننا لانسلم ذلك ، كيف وقد وقعت من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والصحابه رضى الله تعالى عنهم ، وانظر إلى تفسير الخصومة هل فيه ما يوجب هجرها أم . أقول : هذا ساقط جدا لأن المراد أن الخصومة بحقيقتها وهى المنازعة مهجورة شرعا لقوله تعالى - ولا تنازعوا فتفشلوا - وإنما شرعت ووقعت من الأشراف باعتبار كونها مجازا عن جواب الخصم بنعم أو لا كما سيأتى بحثه عن قريب مفصلا ومشروحا ، وقد وقع التصريح به هاهنا أيضا في عبارة كثير من الشراح حيث قالوا : لما كانت الخصومة مهجورة شرعا لقوله تعالى - ولا تنازعوا فتفشلوا - حتى تركت حقيقتها إلى مطلق الجواب مجازا أخر ذكر الوكالة بالخصومة مما ليس بمهجور شرعا بل هو مقرر على حقيقته (قال) أى القدورى في مختصره (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) أطلق كلامه في رواية ليتناول الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعا ، فإن الإمام المحبوى قد ذكر أن الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعا وكيل بالقبض (عندنا) أى عند علمائنا الثلاثة ، كذا في النهاية ومراجع الدراية (خلافا لزرر) فإنه يقول : الوكيل بالخصومة لا يكون وكيل بالقبض ، وبه قال الشافعى في الأظهر ومالك وأحمد ، وعن الشافعى في وجه أنه يملك القبض كما قلنا (هو) أى زرر (يقول) إنه (رضى) أى الموكل (بخصومته) أى بخصومة الوكيل (والقبض غير الخصومة) لأن الخصومة قول يستعمل في إظهار الحقوق والقبض فعل حسى (ولم يرض به) أى ولم يرض الموكل بالقبض إذ يختار للخصومة في العادة ألح الناس والقبض آمن الناس ، فن يصلح

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

آخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء ، لأن الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاءه من هو في ذمته ، وذلك في الأغلب يكون بمطالبة المبيع أو الثمن ، أو لأنها مهجورة شرعا فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور . قال (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض : أى بقبض الدين والعين (خلافا لزرر) هو يقول رضى بالخصومة وليس القبض بخصومة لأن الخصومة قول يستعمل في إظهار الحق والقبض فعل حسى (ولنا أن الوكيل مادام وكيل يجب عليه القيام

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

(قوله لأن الخصومة تقع) أقول : أى قد تقع (قوله أو لأنها مهجورة شرعا) أقول : قوله أو لأنها مهجورة معلوف على قوله لأن الخصومة الخ فيه بحث لأننا لا نسلم ذلك ، كيف وقد وقعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابه ، وانظر إلى تفسيره الخصومة هل فيه ما يوجب هجرها (قوله لأن الخصومة قول يستعمل في إظهار الحق والقبض فعل حسى) أقول : فيه نظر (قوله ولنا أن الوكيل مادام وكيل يجب عليه القيام الخ) أقول : غالت لما أسلف في أوائل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل مانفوس إليه .

ولنا أن من ملك شيئا ملك إتمامه وإتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض . والتفتى اليوم على قول زفر رحمه الله لظهور الخيانة في الوكلاء ، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ، ونظيره الوكيل بالتقاضى يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه وضعا ،

للخصومة ملك من لا يرضى بأمانته عادة (ولنا أن من ذلك شيئا ملك إتمامه وإتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض) يعنى أن الوكيل بالشئ مأمور بإتمام ذلك الشئ ، وإتمام الخصومة يكون بالقبض لأن الخصومة باقية مالم يقبض ، وذلك لأنه مالم يقبضه يتوهم عليه الإنكار بعد ذلك والمطل ، ويحتاج إلى المرافعة بإثبات الخصومة فلما وكله بفصلها والفصل بالقبض دخل تحته ضمنا كذا قرره صاحب النهاية وعزاه إلى الميسوط والأسرار . واقتى أثره صاحب معراج الدراية ، وقال صاحب العناية في تقريره : ولنا أن الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام بما أمر به ، وقد أمر بالخصومة والخصومة لا تتم إلا بالقبض لتوهم الإنكار بعد ذلك وتعدر الإثبات بعراض من موت القاضي أو غيره والمطل والإفلاس ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب اهـ . ورد عليه بعض الفضلاء بأن قوله : ولنا أن الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام بما أمر به مخالف لما أسلفه في أوائل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فرض إليه . أقول : ليس هذا بشئ ، فإن منشأ الغفلة عن فائدة قوله مادام وكيلا في قوله إن الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام بما أمر به ، إذ لا شك أن الوكيل مادام ثابتا على وكالته يجب عليه أداء ما أمر به وإلا يلزم تقرير الأمر وهو ممنوع شرعا ، ومعنى ما ذكره في أوائل كتاب الوكالة أن الوكالة عقد جاز غير لازم فحكمها جواز أن يباشر الوكيل ما فرض إليه وأن لا يباشره بشرط عزل الموكل إياه أو عزل الوكيل نفسه وإعلامه الموكل ، ثم رد عليه أيضا ذلك البعوض في قوله والخصومة لا تتم إلا بالقبض بأنه إن أريد قبض الوكيل فغير مسلم ، وإن أريد ما يمس به قبض الموكل فسلم ، ولكن لا يترتب عليه مطلوبه . أقول : المراد بذلك قبض الوكيل أو الموكل ، ويترتب عليه مطلوبه قطعا بمقتضى مقدمته القاطلة : وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، لأنه لما فرض الموكل الخصومة إلى الوكيل والتزم الوكيل إقامتها دخل في ضمن ذلك ما لا يتم الخصومة إلا به وهو القبض فلهذا الوكيل قطعاً وجب عليه القيام به مادام على وكالته (والتفتى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء ، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال) ومشايخ بلخ أفنوا بقول زفر لأن التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة . أما نصا فظاهر ، وأما دلالة فلأن الإنسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضى ولا يرضى بأمانته وقبضه ، وبه أفق الصدر الشهيد أيضا ، كذا ذكره الإمام المهيوبى في جامعهم ، وذكر في الشروح أيضا إلا أن صاحب العناية قال بعد ذكر ذلك : وفيه نظر ، فإن الدلالة قد وقعت بما ذكرنا أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب . قال المصنف (ونظيره) أى نظير الوكيل بالخصومة (الوكيل بالتقاضى) فإنه يملك القبض على أصل الرواية (وهو رواية الأصل) لأنه في معناه وضعا (أى لأن التقاضى في معنى القبض من حيث الوضع ، وعن هذا قال في الأساس تقاضيه دينى وبدئى ، واقتضيت دينى واقتضيت منه حتى : أى أخلته . وقال في القاموس : وتقاضاه الدين قبضه منه . ثم إن صاحب غاية البيان بعد أن فسر قول المصنف لأنه

بما أمر به وقد أمر بالخصومة والخصومة لا تتم إلا بالقبض) لتوهم الإنكار بعد ذلك وتعدر الإثبات بعراض من موت القاضي أو غيره والمطل والإفلاس ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب (ومشايخ بلخ رحمهم الله أفنوا بقول زفر رحمه الله لظهور الخيانة في الوكلاء) ولأن التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة . أما نصا فظاهر ، وأما دلالة فلأن الإنسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضى ولا يرضى بأمانته وقبضه ، وبه أفق الصدر الشهيد رحمه الله ، وفيه نظر ، فإن الدلالة قد وقعت بما ذكرنا أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب (ونظيره هذا الوكيل بالتقاضى فإنه يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه وضعا)

(قوله والخصومة لا تتم إلا بالقبض) أقول : إن أريد بالقبض قبض الوكيل فغير مسلم ، وإن أريد ما يمس به قبض الموكل فسلم ولكن لا يترتب عليه مطلوبه (قوله لتوهم الإنكار بعد ذلك الخ) أقول : قد سبق من الشارح في فصل القضاء باللواريث أن أشبال ذلك نادر ، والتادر لا حكم له فراجع (قال المصنف : لأنه في معناه وضعا) أقول : ولأن الوكيل بالتقاضى مأمور بقطع عمالة المطلوب ، ولما يحصل هذا القطع بالقبض

إلا أن يعرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على أن لا يملك .

في معناه وضعا بقوله : أى لأن التقاضى في معنى القبض قال فيه نظر - لأنه قال في المغرب : تقاضيته ديني وتقاضيته يدينى واستقضيته طلبت قضاءه . والتقضية منه حق أخذته . وقال الشارح العيني بعد نقل النظر المذكور عنه : قلت لم أدر وجه النظر فيه لأنه لم يقل التقاضى هو القبض بل قال في معنى القبض . أقول : بل لا وجه لما قال : لأن وجه النظر هو أن المضمون بما في المغرب كون التقاضى في اللغة بمعنى طلب القضاء لا بمعنى القبض كما ذكره المصنف ، ولا يذمعه قوله لأنه لم يقل التقاضى هو القبض بل قال في معنى القبض ، إذ لا شك أن معنى قوله إنه في معناه وضعا أنهما متحدان معنى من حيث الوضع في أصل اللغة ، ولو كان معنى التقاضى في اللغة طلب القضاء لا غير لم يتحقق ذلك الاتحاد فلم يكن في معنى القبض قطعاً . ثم أقول في الجواب عن النظر المذكور : لعل صاحب المغرب فسر التقاضى بطلب القضاء الذى هو المعنى العرفي لفظ التقاضى لكونه غالباً على معناه الوضعي الأصل كما استعرفه ، فحينئذ لا يكون مخالفاً لما ذكره المصنف ، وما صرح به عامة فئات أرباب اللغة في كتبهم المتبعة من كون معنى التقاضى هو الأخذ والقبض بناء على أصل الوضع . ويرشد إليه أنه فرق بين الاقتضاء والتقاضى ، ففسر الاقتضاء بالأخذ على أصله لعدم جريان العرف المذكور فيه ، وإلا فلا فرق بينهما في أصل اللغة كما هو منه مما نقلناه فيما مر آنفاً عن الأساس وصرح به الجوهرى في صحاحه حيث قال : واقتضى دينه وتقاضاه بمعنى فتدبر (إلا أن العرف بخلافه) أى بخلاف الوضع لأن الناس لا يفهمون من التقاضى القبض بل يفهمون منه المطالبة (وهو) أى العرف (قاض على الوضع) أى راجع عليه . لأن وضع الألفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع له بل يفهمون المجاز ، فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية لتسارع أفهام الناس إليه (والفتوى على أن لا يملك) بمعنى فتوى المشايخ اليوم على أن لا يملك الوكيل بالتقاضى القبض بناء على العرف . قال صاحب العناية : وفيه نظر ، لأن الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهى أولى منه عند أبى حنيفة . والجواب أن ذلك وجه لأصل الرواية ولا كلام فيه ، وإنما الكلام في أن الفتوى على أصل الرواية أو على العرف لظهور انقيادها في الكلاهما قالوا على العرف فلا يملك القبض أهكلامه . أقول : لا تنتظرش . ولا الجواب . أما الأول فلأن الحقيقة في لفظ التقاضى غير مستعملة بل هى مبهورة كما صرح به فئات المشايخ كالإمام فخر الإسلام البزدوى وصاحب المحيط وغيرهما . قال في المحيط البرهانى : الوكيل بالتقاضى يملك القبض عند علمائنا الثلاثة . هكذا ذكر محمد في الأصل . ثم قال : وذكر الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام على البزدوى في شرح هذا الكتاب أن الوكيل بالتقاضى في عرف ديارنا لا يملك القبض ، كما جرت العادة في ديارنا ، وجعل التقاضى مستعملاً في المطالبة مجازاً لأنه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مبهورة إلى هنا كلامه . وأما الثاني فلأن كون الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف أصل مقرر عند أبى حنيفة لم يرجع عنه قط ، فلو كانت الحقيقة في لفظ التقاضى مستعملة لم يصح قول المصنف ، وهو قاض على الوضع على أصل أبى حنيفة قطعاً ، ولم يكن للمشايخ الفتوى على العرف في مسئلتنا هذه ، إذ يلزم حينئذ ترك أصل إمامهم المجهد . وليس وظفتهم إلا الجريان على أصله الكلى ، وإن جاز لهم بعض من التصرفات

يقال تقاضيته ديني ويدينى وتقاضيته ديني واقتضيت منه حتى : أى أخذته (إلا أن العرف بخلافه) لأن الناس يفهمون من التقاضى المطالبة لا القبض (والعرف قاض على الوضع) وفيه نظر لأن الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهى أولى منه عند أبى حنيفة رحمه الله . والجواب أن ذلك وجه لأصل الرواية ، ولا كلام فيه وإنما الكلام في أن الفتوى على أصل الرواية أو على

كنا في المحيط ، وهذا التعليل أنسب بأهل الإيمان إذ المجاز المشهور أولى منهما فتأمل (قوله وفيه نظر لأن الحقيقة مستعملة الخ) أقول : وفي نظري نظر لظهور تعلق المنع على قوله لأن الحقيقة مستعملة ، كيف والزيلى وصاحب المحيط وغيرهما مصرحون بأنها مبهورة . ونص عبارة الزيلى : ومعنى التقاضى الطلب في العرف فصار بمعنى الخصومة ، وهى في أصل اللغة القبض لأنه تعامل من نفس ، يقال قضى دينه واقتضيت منه ديني : أى أخذته ، والعرف أنك فكان أولى إذ الحقيقة مبهورة فصار بمعنى الخصومة مجازاً (قوله والجواب أن ذلك وجه لأصل الرواية الخ) أقول : النظر على قوله والعرف قاض على الوضع وليس في الجواب ما يفهمه . والجواب أن مرادوا أنه قاض على الوضع

قال (فإن كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معا) لأنه رضى بأمانتهما لأمانة أحدهما ، واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على مامر . قال (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلًا بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله) حتى لو أقيمت عليه البيعة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده ، وقالوا : لا يكون خصما وهو :

في الفروع الجزئية . لا يقال : يجوز أن يكون مدار قول المصنف ومدار فتواه على أصل أبي يوسف ومحمد ، فإن المجاز المتعارف أولى من الحقيقة المستعملة عندهما . لانا نقول : الذي يظهر من هذا الكتاب ومن سائر الكتب أن لا يقع خلاف في هذه المسئلة بين أئمتنا الثلاثة ، ألا يرى إلى قول محمد في الأصل : الوكيل بالتقاضى يملك القبض عند علمائنا الثلاثة ، ولو كان لأصله المذكور تأثير في هذه المسئلة لما وقع الاتفاق بينهم فيها ، على أن صاحب التلويح قال : وفي كلام فخر الإسلام وغيره ما يدل على أن المجاز المتعارف إنما يرجع عندهما إذا تناولوا الحقيقة بعمومه كما في مسئلة أكل الخنطة اهـ . ولا يخفى أن الأمر ليس كذلك فيما نحن فيه فلا تمشية لأصلهما المذكور هاهنا رأسا ، فلا مجال لأن يجعل مدار الصحة قول المصنف وفتوى المخايخ . فالمتحقق في هذا المقام أن التوكيل بالتقاضى كان مستعملا على حقيقته في الأوائل ، ولم يجر العرف على خلاف ذلك في تلك الأيام ، فكان الوكيل بالتقاضى يملك القبض بالاتفاق على ما وقع في أصل الرواية . وأما اليوم فلما ظهرت الخيانة في الوكلاء وجرى العرف على أن يجعلوا التقاضى في التوكيل بالتقاضى مستعملا في المطالبة مجازا وصارت الحقيقة مهجورة أفنى مشايخنا المتأخرون بأن الوكيل بالتقاضى لا يملك القبض بالاتفاق بناء على الأصل المقرر المتفق عليه عند المجهدين من أن المجاز المتعارف أولى من الحقيقة المهجورة فلم يبق في المقام غبار أصلا (قال) أى محمد في الجامع الصغير (فإن كانا) أى الرجلان (وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معا) أى لا يقبضان حق الموكل إلا مجتمعين (لأنه) أى الموكل (رضى بأمانتهما لأمانة أحدهما) وحده (واجتماعهما ممكن) أى اجتماع الوكيلين على القبض ممكن شرعا فلنهما يصيران قاضيين بالتخليف بلا محذور (بخلاف الخصومة) فإن اجتماعهما عليها غير ممكن شرعا (على مامر) أشار به إلى قوله لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلى الشغب في مجلس القضاء (قال) أى القادرى في مختصره (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلًا بالخصومة عند أبي حنيفة) قيد بقبض الدين لأن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلًا بالخصومة بالإجماع على ما سيجىء ، والكلام فيه يرجع إلى أصله . وهو أن التوكيل إذا وقع باستيفاء عين حق الموكل لم يكن وكيلًا بالخصومة ، لأن التوكيل بالخصومة وقع بالقبض لا غير ، وإذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلًا بالخصومة لأن التملك إنشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعقد ، كذا قالوا وسيظهر حكم هذا الأصل في دليل المسئلة . ونقل في الفتاوى الصغرى من مفقود شيخ الإسلام خواهر زاده أن الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة لإجماع إن كان الوكيل من القاضى كما لو وكل وكيلًا بقبض ديون الغائب ، كذا في غاية البيان . ثم إن المصنف أراد أن يبين ثمرة قول أبي حنيفة في هذه المسئلة فقال (حتى لو أقيمت عليه) أى على الوكيل بقبض الدين (البيعة على استيفاء الموكل) أى على استيفاء الدين من المدينين (أو إبرائه) أى أو على إبراء الموكل المدينين من الدين (تقبل عنده) أى تقبل البيعة عند أبي حنيفة . وفي الخيرة : إذا جحد الغريم الدين وأراد الوكيل بالقبض أن يقيم البيعة على الدين هل تقبل بيئته ؟ في قول أبي حنيفة تقبل ، وعلى قولهما لا تقبل . (وقالوا : لا يكون خصما) أى وقال أبو يوسف ومحمد ورحمهما الله : لا يكون الوكيل بقبض الدين خصما (وهو) أى قولهما

العرف لظهور الخيانة في الوكلاء . قالوا على العرف فلا يملك القبض (وإن وكل وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معا لأنه رضى بأمانتهما لأمانة أحدهما واجتماعهما على القبض ممكن ، بخلاف الخصومة) فإن اجتماعهما عليها غير ممكن (لما مر) أنه يفضى إلى الشغب في مجلس القضاء وهو مذنب لمهايته . قال (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلًا بالخصومة الخ) الوكيل بقبض الدين يكون وكيلًا بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله ، فإذا اقتضى القبض وأقام الخصم بيئته على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده ، وقالوا : لا يكون خصما فلا تقبل بيعة الخصم ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رضى الله عنهما لأنه وكيل بالقبض والخصومة

بحسب الفتوى (قوله لانه وكيل بالقبض الخ) أتول : لا ينبغي عليك أن مذكرك في صورة التعليلين المستقلين ينبغي أن يجعل تعليل واحد

رواية الحسن عن أبي حنيفة لأن القبض غير الخصومة ، وليس كل من يؤتمن على المال يهتدى في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها . ولأبي حنيفة رحمه الله أنه وكله بالملك لأن الدينون تقضى بأمثالها ، إذ قبض الدين نفسه لا يتصور إلا أنه جعل استيفاء الدين حقه من وجه .

(رواية الحسن عن أبي حنيفة) وبه قال الشافعي في الأصح وأحد في ظاهر الرواية (لأن القبض غير الخصومة) فلم يكن التوكيل بالقبض توكيلا بالخصومة (وليس كل من يؤتمن على المال يهتدى في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها) أي بالخصومة (ولأبي حنيفة أنه) أي الموكل (وكله بالملك) أي وكل الوكيل بقبض الدين بملك المقبوض بمقابلة ما في ذمة المدينون قصاصا (لأن الدينون تقضى بأمثالها) لا بأعيانها (إذ قبض الدين نفسه) أي قبض نفس الدين (لا يتصور) لأنه وصف ثابت في ذمة من عليه (إلا أنه جعل استيفاء لعين حقه من وجه) استثناء من قوله لأن الدينون تقضى بأمثالها : يعني أن الدين وإن كانت تقضى بأمثالها لأبأعيانها لما ذكرنا آنفا ، إلا أن قبض المثل جعل استيفاء لعين حق الدائن من وجه ولهذا يبرر المدينون على الأداء . ولو كان تملكك محضا لما أجبر عليه . وكذا إذا ظفر الدائن بيمين حقه حل له الأخذ . هذا خلاصة ما ذكره الجمهور في شرح في هذا المقام . وأما صاحب النهاية فقال في شرحه : لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها ، والتوكيل بقبض الدين ، فإنه إذا كان توكيلا بالملك كان توكيلا بالاستقراض ، إذ التوكيل بقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاصن . والتوكيل بالاستقراض باطل اه . أقول : فيه بحث ، إذ لما منع أن يمنع امتناع التوكيل بقبض الدين على تقدير أن لا يميل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لجواز تصحيح التوكيل بقبض الدين على ذلك التقدير بعمله رسالة بالاستقراض من حيث المعنى . والرسالة بالاستقراض جائزة ، وقد أفصح عنه صاحب الذخيرة حيث قال : وفي المسئلة نوع إشكال ، لأن التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى ، لأن الدينون تقضى بأمثالها ، فاقبضه رب الدين من المدينون يصير مضموما عليه وله على الغرم مثله فيلتقيان قصاصا . وقد ذكرنا أن التوكيل بالاستقراض غير صحيح . والجواب أن التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى ، وليس بتوكيل بالاستقراض لأنه لا بد للتوكيل بقبض الدين من إضافة القبض إلى موكله بأن يقول : إن فلانا وكلني بقبض ماله عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الإضافة المرسل بأن يقول : أرسلني فلان إليك يقول لك أقرضني كذا ، بخلاف الوكيل بالاستقراض فإنه يضيف إلى نفسه فيقول أقرضني فصيح ما ادعيت أنه رسالة معنى ، والرسالة بالاستقراض جائزة ، إلى هنا كلامه . ثم اعلم أن الإمام الزليعي قد ذكر في شرح الكنز ما ذكره صاحب الذخيرة من الإشكال والجواب الزبورين وقال : هكذا ذكره في النهاية وجزأه إلى الذخيرة ، ثم قال : وهذا سؤال حسن ، والجواب غير مخلص على قول أبي حنيفة ، فإنه لو كان رسولا لما كان له أن يخاضع اه . أقول : ليس ذلك بسديد ، إذ ليس المراد أن التوكيل بقبض الدين رسول من كل وجه حتى لا يكون خصما ، بل المراد أنه رسول

ليست بقبض فلا يكون توكيلا بها ، ولأن الوكيل بالقبض مؤتمن على المال ، وليس كل من يؤتمن على المال يهتدى إلى الخصومات فلم يكن الرضا به رضا بها . ولأبي حنيفة أنه وكله بالملك لأن الدينون تقضى بأمثالها إذ قبض نفس الدين غير متصور لكونه وصفا ثابتا في ذمة من عليه ، لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الدين ، فإنه إذا كان توكيلا بالملك كان توكيلا بالاستقراض إذ التوكيل بقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاصن ، والتوكيل بالاستقراض باطل ، والوكيل بالملك أصيل في حقوق النقد ، والأصيل فيها خصم فيها كالموكل فكان

إثبات المطلوب . الأول لانتفاء الوكالة بالخصومة عبارة ، والثاني لانفتاقها دلالة وانتفاء (قوله إذ قبض نفس الدين غير متصور الخ) أقول : قال في البدائع في تعليقه : لأن الدين إما أن يكون عبارة عن الفصل وهو تسليم المال ، وإما أن يكون عبارة عن مال حكى في السنة ، وكل ذلك لا يتصور استيفاءه (قوله والتوكيل بقبض الدين) أقول : عطف على قضاء ديون (قوله والوكيل بالملك أصيل في حقوق النقد والأصيل فيها خصم فيها) أقول : يعني والأصيل في حقوق النقد خصم في الحقوق . ثم اعلم أن قوله والوكيل بالملك كبرى ، وقوله والأصيل فيها خصم مفرى لقياس الثاني .

فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب، وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الأخذ هنالك. والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء.

بالاستقراض بالنظر إلى قبض مثل الدين ابتداء ووكيل بالتكليف بالنظر إلى المقاصة الحاصلة بعد ذلك، وكونه خصما محكم مرتب على الثاني دون الأول فلا غبار على إلحاق (فأشبه) أي الوكيل بقبض الدين (الوكيل بأخذ الشفعة) يعني أنه أشبه ذلك في كونه خصما، فإنه إذا أقام المشتري البينة على الوكيل بأخذ الشفعة على تسليم الموكل الشفعة تقبل (والرجوع في الهبة) بالجر عطف على أخذ الشفعة: أي فأشبه أيضا الوكيل بالرجوع في الهبة، فإنه إذا أقام الموكل له البينة على الوكيل بالرجوع على أن الموكل الواهب أخذ العوض تقبل (والوكيل بالشراء) بالنصب عطف على الوكيل بأخذ الشفعة: أي فأشبه أيضا الوكيل بالشراء فإنه خصم يطالب بحقوق العقد ولا يرى لفصله عما قبله بإعادة لفظ الوكيل كثير فائدة (والقسمة) بالجر عطف على الشراء: أي فأشبه أيضا الوكيل بالقسمة. فإن أحد الشريكين إذا وكل رجلا بأن يقاسم مع شريكه وأقام الشريك البينة عليه بأن الموكل قبض نصيبه فلأنها تقبل (والرد بالعيب) بالجر عطف على الشراء أيضا: أي فأشبه أيضا الوكيل بالرد بالعيب على البائع، فإن البائع إذا أقام البينة عليه بأن الموكل رضى بالعيب تقبل (وهذه) أي مسألة الكتاب وهي مسألة الوكيل بقبض الدين، وفي بعض النسخ وهذا: أي الوكيل بقبض الدين (أشبه بأخذ الشفعة) أي أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء، كذا صرحوا به في شروح إجماع الصغير. واعلم أن شرح الهداية قد افرقوا في تفسير معنى كلام المصنف هذا وتبين المراد بالمفضل عليه هاهنا فقال صاحب النهاية: أي الوكيل بقبض الدين أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة من الوكيل بالشراء، وذكر هذا المعنى صاحب العناية وغاية البيان أيضا، لكن بطريق النقل عن شروح إجماع الصغير بعبارة: فقال صاحب العناية: قالوا في شروح إجماع الصغير: وهذه أي مسألة الوكيل بالقبض أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء. وقال صاحب الغاية: قالوا في شروح إجماع الصغير: إن الوكيل بقبض الدين أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة من الوكيل بالشراء. وقال تاج الشريعة: أي مسألة الوكيل بقبض الدين أشبه بمسألة الوكيل بأخذ الشفعة من المسائل الثلاث الأخرى، وحل ذلك بأن في هذه المسائل ما لم توجد المادة لا تنبثق الوكالة بخلاف مسألة الشفعة وقبض الدين، وإليه ذهب صاحب معراج الدرر والشارح المبني أيضا، ولكن لم يعمروا تلك الثلاث الأخرى من بين المسائل الأربع الباقية بعد مسألة الوكيل بأخذ الشفعة. ثم إن المصنف بين وجه التشبيه بقوله (حتى يكون خصما قبل القبض) أي حتى يكون الوكيل بقبض الدين خصما عند أي حنيقة قبل قبض الدين (كما يكون) أي كما يكون الوكيل (خصما قبل الأخذ) أي قبل أخذ العوض (هنالك) أي في التوكيل بأخذ الشفعة (والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء) فافترقا، أقول: لا يذهب عليك أن تخصيص الوكيل بالشراء بالذكر هاهنا يشعر بكون المراد بالمفضل عليه في قوله فيها مر، وهذه أشبه بأخذ الشفعة هو الوكيل بالشراء، فيكون معناه: أن مسألة الوكيل بقبض الدين أشبه بمسألة الوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء، كما صرح به شرح إجماع الصغير وذهب إليه فرقة من شرح الهداية، واختارناه أيضا في شرحنا هنالك بناء على هذا، ولكن بقيت شبهة، وهي أن الوكيل إن لم يكن خصما قبل المباشرة لما وكل به في المسائل الأربع الباقية أيضا لا يظهر لتخصيص مسألة الوكيل بالشراء بالذكر وجعل المفضل عليه لها فقط وجه وإن كان خصما قبل ذلك في تلك المسائل أيضا كما هو الظاهر سببا في مسألة التوكيل بالقسمة، إذ لا شك أن الشريك الآخر لو أقام البينة قبل أن يقسم الوكيل

كالوكيل بأخذ الشفعة إذا قامت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فلأنها تقبل والشفعة تبطل، والوكيل بالرجوع في الهبة إذا أقام الموكل له البينة على أخذ الواهب العوض فلأنها تقبل والرجوع يبطل، والوكيل بالشراء فإنه خصم يطلب حقوق العقد، وبالقسمة بأن وكل أحد الشريكين وكلما بأن يقاسم مع شريكه وأقام الشريك البينة عليه بأن الموكل قبض نصيبه فلأنها تقبل، وبالرد بالعيب على البائع فإنه إذا أقام البينة عليه بأن الموكل رضى بالعيب تقبل. قالوا في شروح إجماع الصغير: وهذه أي مسألة الوكيل بالقبض أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء، لأن الوكيل في هذه يكون خصما قبل القبض كما يكون

وهذا لأن المبادلة تقتضى حقوقا وهو أصيل فيها فيكون خصما فيها . قال (والوكيل بقبض العين لا يكون وكيل بالخصومة) بالاتفاق لأنه أمين محض . والقبض ليس بمبادلة فأشبه الرسول (حتى أن من وكل وكيل بقبض عبد له فأقام الذى هو فى يده البينة قامت لأعلى خصم فلم تعتبر . وجه الاستحسان أنه خصم فى قصر يده لقيامه مقام الموكل فى القبض فتقصر يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة على البيع ،

بالقسمة ما وكل بتسليمه على أن الموكل قبض نصيبه منه تقبل بينته : لا يظهر لتخصيص أشبية الوكيل بقبض الدين بالوكيل بأخذ الشفعة وجه . إذ يصير الوكيل بقبض الدين حينئذ أشبه بملك المسائل أيضا من الوكيل بالشراء فتأمل (وهذا) إشارة إلى مطلع نكتة أبى حنيفة بقوله إنه وكله بالملك (لأن المبادلة تقتضى حقوقا) كالتسليم والتسلم وغير ذلك (وهو) أى الوكيل بالملك (أصيل فيها) أى فى الحقوق (فيكون خصما فيها) أى فى الحقوق : يعنى كأن الموكل أمر الوكيل بملك مثل الدين الذى على المدين وذلك بمبادلة . والمأمور بالمبادلة يكون أصيلا فى حقوق المبادلة ، وكذا فى النهاية وأكثر الشروح . وقال صاحب العناية : قوله وهذا إشارة إلى ما أشرنا إليه مما يّم به دليل أبى حنيفة ، وهو أن الوكيل بالملك أصيل فى الحقوق اهـ . فعليك الاختيار فى الاختيار . واعترض بعض الفضلاء على كلام المصنف هنا حيث قال : فيه بحث ، فإن المبادلة لم تقع من الوكيل بل من موكله ، فكيف يكون الوكيل أصيلا فى حقوقها . وقال : فإن قيل : المبادلة فى الملك بأخذ الدين . قلنا : ذلك لم يقع بعد فتأمل اهـ . أقول : ليس هذا بنتوجه ، لأن تعلق بعض الحقوق بشئ قبل وقوعه ليس بعزيز ؛ ألا يرى أن حق الخصومة يثبت للوكيل بأخذ الشفعة قبل وقوع الأخذ . فكذا هاهنا ، وقد أشرنا إليه المصنف بقوله وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الأخذ هناك . ثم إن التعيين أن قبض الدين وإن كان مبادلة من جهة كون الدين تقضى بأتمائها إلا أنه استيفاء لعين الحق من وجه كما مر . فليشبه بالمبادلة تعلق حق الخصومة بالوكيل ، وليشبه بأخذ عين الحق جازت الخصومة قبل وقوع التملك بقبض الدين ويرشد إليه ما ذكره الإمام قاضىخان فى شرح الجامع الصغير حيث قال : لا يقال لو كان وكيل بالمبادلة وجب أن تلحقه المهدة فى المقبوض . لأننا نقول : إنما لا تلحقه المهدة فى المقبوض لأن قبض الدين وإن كان مبادلة من الوجه الذى ذكرناه فهو استيفاء عين الحق من وجه ، لأن من الدين ما لا يجوز الاستبدال به ، فليشبه بالمبادلة جعلنا خصما ، وليشبه بأخذ العين لا تلحقه المهدة فى المقبوض عملا بها اهـ (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (والوكيل بقبض العين لا يكون وكيل بالخصومة بالاتفاق) أى باتفاق أصحابنا . وللشافعى وأحمد فيه قولان كما فى قبض للدين (لأنه) أى لأن الوكيل بقبض العين (أمين محض) حيث لا مبادلة هاهنا لأنه يقبض عين حق الموكل (والقبض) أى قبض العين (ليس بمبادلة فأشبه الرسول ، حتى أن من وكل وكيل بقبض عبد له) أى للموكل (فأقام الذى هو فى يده) أى فأقام ذواليد (البينة) على (أن الموكل باعه) أى باع العبد (إياه) أى ذاليد (وقف الأمر حتى يحضر الغائب) أى الموكل (وهذا) أى وقوف الأمر (استحسان) أى مقتضى الاستحسان (والقياس) أى مقتضاه (أن يدفع) أى العبد (إلى الوكيل) ولا يلتفت إلى بينة ذى اليد (لأن البينة قامت لأعلى خصم) بناء على أن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيل بالخصومة (فلم تعتبر) أى البينة (وجه الاستحسان أنه) أى الوكيل (خصم فى قصر يده) أى فى حق قصر يد نفسه عن العبد (لقيامه مقام الموكل فى القبض فتقصر يده) أى يد الوكيل : يعنى يصير أثر البينة مجرد قصر يده لا لإثبات البيع (وإن لم يثبت البيع ، حتى لو حضر الغائب) وهو الموكل (تعاد البينة على البيع) يعنى لو حضر هاهنا كذلك . وأما الوكيل بالشراء فإنه لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء (قوله وهذا) إشارة إلى ما أشرنا إليه مما يّم به دليل أبى حنيفة رضى الله عنه ، وهو أن الوكيل بالملك أصيل فى الحقوق . قال (والوكيل بقبض العين لا يكون وكيل بالخصومة النج)

(قال المصنف : وهذا لأن المبادلة تقتضى حقوقا وهو أصيل فيها فيكون خصما فيها) أقول : فيه بحث ، فإن المبادلة لم تقع من الوكيل بل من موكله فكيف يكون الوكيل أصيلا فى حقوقها . فإن قيل : المبادلة فى الملك بأخذ الدين . قلنا : ذلك لم يقع بعد فتأمل (قوله وهذا إشارة إلى ما أشرنا إليه) أقول : الإشارة إلى ما ليس بذلك .

فصار كما إذا أقام البينة على أن الموكل عزله عن ذلك فلأنها تقبل في قصر يده كذا هذا . قال (وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك) ومعناه إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والأمة على العتاق على الوكيل بتقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق . قال (وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند التقاضي جاز إقراره عليه ،

الموكل لا بد للى اليد من إعادة إقامة البينة على البيع في محضر الموكل ، ولا يكتفى بالبينة السابقة في إثبات البيع لعدم كون الوكيل خصما من هذه الجهة (فصار) هذا (كما إذا أقام) أى ذواليد (البينة على أن الموكل عزله) أى عزل الوكيل (عن ذلك) أى عن التوكيل بقبض العين (فلأنها تقبل) أى فإن البينة تقبل هناك (في قصر يده) أى في حق قصر يده (كذا هذا) أى مانحين فيه (قال) أى محمد في مختصره (وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك) كالإرتبان ، فإنه إذا ادعى صاحب اليد الارتبان من الموكل وأقام بينة على ذلك تقبل في حق قصر يده لاثبت الارتبان في حق الموكل ، كذا في الشروح . قال المصنف (ومعناه) أى معنى قول محمد : وكذلك العتاق والطلاق (إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والأمة) أى وإذا أقام العبد والأمة البينة (على العتاق على الوكيل بتقلهم) متعلق بالإقامة : أى وإذا أقاموا البينة على الوكيل بتقلهم إلى الموكل يعنى إذا أراد الوكيل بنقل المرأة إلى زوجها الموكل نقلها إليه وأراد الوكيل بقبض العبد والأمة نقلهما إلى مولاهما الموكل قبضهما ونقلهما إليه ، فأقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها على أن زوجها طلقها ، وأقام العبد والأمة البينة على الوكيل بنقلهما على أن مولاهما أحقهما (فلأنها تقبل في قصر يده) أى في حق قصر يد الوكيل عنهم (حتى يحضر الغائب) أى إلى أن يحضر الغائب (استحسانا) أى تقبل استحسانا ، وأما قياسا فلا تقبل لقيامها لأهل خصم (دون العتق والطلاق) أى لا تقبل في حق ثبوت العتق والطلاق لاقياسا ولا استحسانا ، وذلك لأن الوكيل ليس بخصم في إثبات العتق والطلاق وإن كان خصما في قصر يده ، وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق والطلاق على الغائب فتقبل في القصر دون غيره . وجملة الكلام في هذه المسئلة أن البينة قامت على شيئين : على البيع والعتق والطلاق ، وعلى قصر يد الوكيل . ففي حق زوال الملك عن الموكل قامت لأهل خصم ، وفي حق قصر يد الوكيل قامت على خصم فتقبل في حق قصر يده لاثبت ملك الموكل (قال) أى القدورى في مختصره (وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند التقاضي) متعلق بأقر أى أقر عند التقاضي (جاز إقراره عليه) أطلق الإقرار والموكل ليتناول اسم الموكل للمدعى

الوكيل بقبض العين لا يكتفى وكيلا بالخصومة بالاتفاق لأنه أمين محض ، حيث لا مبادلة هناك لكونه وكيلا بقبض عين حق الموكل من كل وجه فأشبه الرسول ، فلذا وكل بقبض عبده فأقام من يده العبد بينة أن الموكل باعه إياه دفع العبد إلى الوكيل ، ولم يلتفت إلى بينة ذى اليد في القياس لأنها قامت لأهل خصم . وفي الاستحسان : وقف الأمر حتى يحضر الأمر لأنه لقيامه مقام الموكل في القبض خصم في قصر يده فتصغر حتى لو حضر الغائب تمام البينة وصار كما إذا أقامها على أنه عزله عن ذلك تقبل في قصر يده فكذا هذا ، وكذلك إذا أراد الوكيل بنقل المرأة إلى زوجها نقلها إليه والوكيل بقبض العبد والحرارية قبضهما فأقامت المرأة البينة على أن زوجها طلقها والعبد والأمة على العتاق أو من هما بيده على الارتبان من الموكل فلأنها لا تقبل قياسا لقيامها لأهل خصم . وفي الاستحسان : تقبل في قصر يد الوكيل دون القضاء بالطلاق والعتق والرهن لأنها تتضمن الطلاق والعتق والرهن ، ومن ضرورة ذلك قصر يد الوكيل ، والوكيل ليس بخصم في أحدهما وهو إثبات العتق على المولى ، ولكنه خصم في قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق على الغائب فقبلناها في القصر دون غيره . قال (وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله الخ) إذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله سواء كان موكله المدعي فأقر باستيفاء الحق أو المدعي عليه فأقر بشيئيه عليه ، فإن كان ذلك

(قوله إذا أراد الوكيل بنقل المرأة إلى زوجها نقلها إليه) أقول : قوله نقلها مفعول أراد (قوله قال وإذا أقر الوكيل بالخصومة الخ) أقول : لا يلزم عليك أن ناذكروه في وجه الاستحسان لاسيما بل يخص بما إذا كان الموكل هو للمدعي عليه فلا بد من ارتكاب تأويل وتعميم الجواب لما يتكلم به للمدعي والمدعى عليه .

ولا يجوز عند غير القاضي (عند أبي حنيفة ومحمد استحسانا إلا أنه يخرج عن الوكالة وقال أبو يوسف : يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء . وقال زفر والشافعي رحمهما الله : لا يجوز في الوجهين وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا . وهو القياس لأنه مأمور بالخصومة وهي منازعة والإقرار يضاده لأنه مسألة ، والأمر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والإبراء ويصح إذا استثنى الإقرار ،

والمدعي عليه . فإن هذا الحكم هو جواز إقرار الوكيل على موكله لا يتفاوت بين أن يكون موكله مدعيا أو مدعى عليه ، سوى أن معنى الإقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل . فإقرار وكيل المدعي هو أن يقر أن موكله قبض هذا المال وإقرار وكيل المدعي عليه هو أن يقر بوجود المال على موكله . وكذا في النهاية ومعراج الدراية . وخلاصة هذا ما قاله صاحب العناية سواء كان موكله المدعي فأقر باستيفاء الحق أو المدعي عليه فأقر بثبوته عليه . ويقر منه مقاله صاحب الكافي : ولا فرق بين أن يكون الوكيل بالخصومة من المدعي فأقر بالقبض أو الإبراء ، أو من المدعي عليه فأقر بالحق (ولا يجوز عند غير القاضي) أي لا يجوز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند غير القاضي (عند أبي حنيفة ومحمد استحسانا) وقوله استحسانا يتعلق بقول جاز ويقول لم يميز كما ذكر في النهاية فتأمل (إلا أنه يخرج عن الوكالة) فلا يدفع المال إليه . ولو ادعى بعد ذلك وأقام بينة على ذلك لاسمع بيته . وفي الجامع الصغير للإمام المحبوبي وعند أبي حنيفة ومحمد تبطل الوكالة على رواية الأصل لأنه زعم أنه مبطل في دعواه (وقال أبو يوسف : يجوز إقراره عليه ، وإن أقر في غير مجلس القضاء . وقال زفر والشافعي : لا يجوز في الوجهين) أي في مجلس القاضي وفي غير مجلسه ، وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى رحمهم الله (وهو) أي قول زفر والشافعي (قول أبي يوسف أولا وهو القياس) أي مقتضاه (لأنه) أي الوكيل (مأمور بالخصومة وهي) أي الخصومة (منازعة) ومنشأجة (والإقرار يضاده) أي يضاد الخصومة التي هي المنازعة وتذكير الضمير بتأويل ما أمر به (لأنه) أي الإقرار (مسألة) ومساعدة (والأمر بالشيء لا يتناول ضده ، ولهذا) أي ولأجل عدم تناول الأمر بالشيء ضد ذلك الشيء (لا يملك) أي الوكيل بالخصومة (الصلح والإبراء) وكذا لا يملك الهبة والبيع كما صرح به الكافي وغيره ، فإن في كل واحد من هذه الأفعال ما يضاد الخصومة (ويصح) أي يصح التوكيل بالخصومة (إذا استثنى الإقرار) بأن قال وكلتك بالخصومة غير جناح الإقرار ، أو بأن قال وكلتك بالخصومة بشرط أن لا تخر لي . قال صاحب النهاية : هذه المسئلة دليل من يقول إن التوكيل بالخصومة لا يتناول الإقرار ، فوجه الدلالة هو أن التوكيل بالخصومة لو كان مجازا لطلق الجواب لكان ينهي أن لا يصح استثناء الإقرار من التوكيل

عند القاضي جاز ، وإلا فلا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . إلا أنه إذا أقر عند غير القاضي خرج من الوكالة فلا يدفع إليه المال ، ولو ادعى بعد ذلك الوكالة وأقام على ذلك بينة لم تسمع بيته لأنه زعم أنه مبطل في دعواه . وقال أبو يوسف رحمه الله : جاز إقراره في الوجهين جميعا ، وقال زفر والشافعي وهو قول أبي يوسف أولا ، لا يجوز في الوجهين جميعا . والقياس إما محمول إلفوازا كما هو مذهب أبي يوسف رحمه الله ، وإما محمول العلم كما هو منهجهم ، والفصل بين مجلس القضاء وغيره استحسان . وجه القياس أن الوكيل بالخصومة مأمور بالمنازعة لأنها بالخصومة ، والإقرار ليس بمنازعة لأنه مسألة ، والأمر بالشيء لا يتناول ضده ، ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والإبراء فيصح التوكيل إذا استثنى الإقرار بأن قال وكلتك

(قوله ولو ادعى بعد ذلك . إلى قوله : أنه مبطل في دعواه) أقول : فيه تأمل (قوله وجه القياس أن الوكيل البت) أقول : فإن قيل : إن قول المصنف وهو القياس المنفهم منه قصر القياس على قول زفر والشافعي وتشريك أبي يوسف مع أبي حنيفة ومحمد في وجه الاستحسان يأتي مذكرا . قلنا : المقصود على قولهما هو القياس الخاص الذي لا يشوبه شيء من الاستحسان ، والتشريك للمذكور لانهائي كون محمول الوجود ثابتا بالقياس المنفرد على الاستحسان . فإن صرف التوكيل بالخصومة إلى التوكيل بالجواب ثابت استحسانا ، وعدم اختصاص إقراره بالجلس ثابت قيسا ، وبفهم ذلك من قوله بعد ذلك يقول أبو يوسف فتأمل (قوله مأمور بالمنازعة لأنها بالخصومة) أقول : الضمير في قوله لأنها . أجيء إلى المنازعة (قال المصنف : والأمر بالشيء لا يتناول ضده) أقول : تقرير دليلهم أن الخصومة ضد الإقرار ، وكل

بالخصومة ، وذلك لأن المراد من الجواب إما الإقرار أو الإنكار لا كلاهما بالاتفاق . ثم في حصة استثناء الإقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل ، وذلك لا يجوز ، والدليل على هذا أن التوكيل بالخصومة غير جائز الإنكار لا يصح لما قلنا . فلم بهذا أن التوكيل بالخصومة ليس بمجاز لمطلق الجواب له كلامه . أقول : فيه نظر ، لأنه إن أراد بقوله لأن المراد من الجواب إما الإقرار أو الإنكار لا كلاهما بالاتفاق أن المراد من الجواب إما الإقرار وحده أو الإنكار وحده لا مابيهما بالاتفاق ، فلا نسلم أن الأمر كذلك ، إذ المراد من الجواب عند أبي حنيفة وعندهما الله ما بهم الإقرار والإنكار بطريق عموم المجاز دون أحدهما عينا كما سيأتي بيانه مفصلا ومشروحا سيما من الشارح المذكور ، وإن أراد بذلك أن المراد منه أحدهما لا بعيته لا مجموعهما معا في حالة واحدة فهو مسلم ، إذ لا يصح جمع الإنكار والإقرار معا في جواب قضية واحدة ، ولكن لا نسلم حينئذ قوله ثم في حصة استثناء الإقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل ، إذ اللازم فيها حينئذ إنما هو استثناء الجزئ من الكل كما لا يخفى . وقوله والدليل على هذا أن التوكيل بالخصومة غير جائز الإنكار لا يصح لما قلنا ليس بنام أيضا . إذ يصح استثناء الإنكار في ظاهر الرواية كما يصح استثناء الإقرار ، نص عليه في الأخيرة وغيرها . ثم أقول : وبهذا يظهر فساد ما في كلام غاية البيان أيضا في هذا المقام حيث قال في تقرير المحل : وكما لو وكله بالخصومة واستثنى الإقرار فأقر الوكيل لم يصح إقراره ، لأن لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الإقرار ، فلو تناوله بطل الاستثناء . وصحح الإقرار لأن الخصومة شيء واحد والاستثناء من شيء واحد لا يجوز له . فإنه إن أراد بقوله لأن الخصومة شيء واحد أنها أمر جزئي لاتعمده أصلا فليس كذلك قطعا ، وإن أراد بذلك أنها واحد من حيث المفهوم فهو لا يتأني تعددها من حيث الأفراد وحصة استثناء بعض أفرادها منها عند التوكيل بها كما لا يخفى . وقال تاج السريرة في حل هذا المقام : معناه أن الإقرار لو كان من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناءه كما لو استثنى الإنكار ولو كان بالبيع على أن لا يقبض الثمن أو لا يسلم المبيع انتهى . واتفق أثره صاحب العناية في حل المقام ، ولكن أورد عليه حيث قال : ولو كان الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناءه كما لو استثنى الإنكار ، وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن أو لا يسلم المبيع . ثم قال : وفيه نظر ، لأنه لو لم يتناول لما صح الاستثناء انتهى . أقول : نظره ساقط جدا لأن عدم تناول إنما ينافي حصة الاستثناء المتصل دون الاستثناء المتقطع ، ويجوز أن يكون مدار حصة استثناء الإقرار من التوكيل بالخصومة شرعا هو الاستثناء المتقطع فلا يلزم المهلور . ثم يرد على المحل المذكور أن من يقول بصحة استثناء الإقرار من التوكيل بالخصومة عن يقول بجواز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله لا يقول بكون الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة ، بل يقول يكونه من جزئياته كما سيظهر من تقرير المصنف فلا يكون قوله وبصح إذا استثنى الإقرار على المعنى المذكور حجة عليه فلا يتم التريب . وأعلم أن الشارح الكاسي والشارح البني جعل قول المصنف : وبصح إذا استثنى الإقرار جوابا من سؤال يرد على قولهم : أي على قول زفر والشافعي وقول أبي يوسف أولا ، وقرر السؤال والجواب بما لا حاصل له كما لا يخفى على القطن الناظر في كلامهما . ولما رأينا تفصيل ذلك إطنابا مجالا أضر ضنا عنه ، على أن مآل ما ذكره

بالخصومة غير جائز الإقرار ، ولو كان الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناءه ، كما لو استثنى الإنكار ، وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن أو لا يسلم المبيع ، وفيه نظر لأنه لو لم يتناول لما صح الاستثناء .

ما هو ضد الشيء لا يتصل في الأمر به ضد (قوله ولو كان الإقرار من حقوق التوكيل الثمن) أقول : فإن حقوق الشيء تتصل فيه بالبيعة ، وما هو كذلك لا يصح استثناءه إلا أن كون الإقرار من حقوق الجواب غير مسلم ولم يدع ذلك أحد بل ذلك من جزئياته كما يعلم من تقرير المصنف وجه الاستحصان (قوله كما لو استثنى الإنكار) أقول : استثناء الإنكار أيضا مختلف فيه بين أبي يوسف وعنده في الأصح ، والتفصيل في كتب الأصول (قوله وفيه نظر لأنه لا) أقول : لوجه الاستثناء المتصل حتى يرد النظر .

وكذا لو وكله بالجواب مطلقا بتقيد بجواب هو خصومة لجرىان العادة بذلك ولهذا يختار فيها الأهدى فالأهدى .

الكافي في تقرير الجواب ما ذكر في النهاية : وما لم يذكره المعنى في تقريره ما ذكر في غاية البيان وقد عرفت حالهما (وكذا لو وكله بالجواب مطلقا بتقيد بجواب هو خصومة) يعنى الإنكار (إذ العادة) في التوكيل (جرت بذلك ولهذا يختار فيها) أى في الخصومة (الأهدى فالأهدى) والإقرار لا يحتاج إلى زيادة الهداية . قال صاحب النهاية : هذه المسئلة مبتدأة خلافية ، ليس لإبرادها على وجه الاستشهاد ؛ يعنى لو وكله بالجواب مطلقا فهو على هذا الاختلاف أيضا ، كذا في المختلطات البرهانية اهـ . وقد اتفق أثره في ذلك أكثر الشراح ، إلا أن صاحب العناية ذكره بطريق النقل عن النهاية . وقال صاحب غاية البيان : وكان هذا سبب القلم من صاحب الهداية ، وظنى أنه أراد بذلك فكلاهما وكله بالخصومة بتقيد بجواب هو خصومة على وجه النتيجة ؛ يعنى لما كان الأمر بالشىء لا يتناول ضده حتى لا يملك الوكيل الصلح وصح استثناء الموكل الإقرار أنتج أن التوكيل بالخصومة بتقيد بجواب هو خصومة وهو الإنكار لا بجواب هو مسألة وهو الإقرار ، ولأجل أن التوكيل بالخصومة بتقيد بجواب هو خصومة يختار في التوكيل بخصومة الأهدى في الخصومة فالأهدى ، ولا يمكن تصحيح كلام صاحب الهداية بإجرائه على ظاهره . لأنه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الإنكار ، لأن المأمور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الإنكار والإقرار جميعا . بخلاف المأمور بالخصومة ، إذ يجوز أن يقول زفر بين الخصومة والإقرار مضادة ، ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف أنه لو وكله بالجواب المطلق فأقر يصح ؛ فعلم أنه إذا وكله بالجواب المطلق لا يتقيد بجواب هو خصومة . وقد تغير بعض الشارحين في هذا المقام فقال : هذه مسئلة مبتدأة للاستشهاد ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه نظر ، أما أولا فلأن كون الكلام المذكور من قبيل سوالقلم مما ظن أنه مراد بذلك مما لا ينبغي أن ينسب إلى من له أدنى تمييز فضلا عن أن ينسب إلى صاحب الهداية ذلك الإمام الذى لن تسمح بمثله الأدوار مادار الفلك الدوار ، فإن بين الكلام المذكور وما ظنه مراد بذلك بونا بعيدا من حيث اللفظ والمعنى ، فأتى بتيسر الحمل على أن يكون أحدهما سبوا عن الآخر . وأما ثانيا فلأننا لانسلم عدم إمكان تصحيح كلام صاحب الهداية بإجرائه على ظاهره . قوله لأنه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الإنكار . قلنا : إن أراد به أنه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد على قول أبى حنيفة وعمره وقول أبى يوسف آخرها بجواب هو خصومة فهو مسلم . لكن لا يضر بتصحيح كلام صاحب الهداية بإجرائه على ظاهره بناء على قول زفر والشافعى رحمهما الله وقول أبى يوسف أولا كما هو مراده قطعا . وإن أراد بذلك أنه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد على قول زفر والشافعى وقول أبى يوسف أولا أيضا بجواب هو خصومة فهو مجتوع ، كيف وقد صرح في المختلطات البرهانية بأن هذه المسئلة أيضا على الاختلاف المذكور في التوكيل بالخصومة . قوله لأن المأمور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الإنكار والإقرار جميعا ، بخلاف المأمور بالخصومة إذ يجوز أن يقول زفر بين الخصومة والإقرار مضادة . قلنا : لزفر أن يقول في مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا أن الأمر ينصرف إلى جواب هو خصومة . إذ العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار الأهدى فالأهدى ، والوكالة تنهيد بدلالة العرف . وصرح بهذا التقرير في الكافي والتبيين ، ولا شك أن اتفاق جواب المسئلتين لا يقتضى اتحاد دليلهما . قوله ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف أنه لو وكله بالجواب المطلق فأقر يصح . قلنا : لا يدل ما صرح به علاء الدين العالم في طريقة

(قوله وكذا لو وكله بالجواب مطلقا بتقيد بجواب هو خصومة) قال في النهاية : هي مسئلة مبتدأة خلافية لم يوردها على وجه الاستشهاد ؛ يعنى لو وكله بالجواب مطلقا فهو أيضا على هذا الخلاف ، كذا في المختلطات البرهانية .

(قال المصنف : وكذا لو وكله بالجواب مطلقا) أقول : والتطالع من سياق العلامة النسب في الكافي أن هذه المسئلة ذكرت استشهادا ، فإنه قال : ولو وكله بالخصومة واستثنى الإقرار يصح التوكيل ، ولو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناء الإقرار ، ولأنه لو استثنى الإقرار صريحا لامتلك الإقرار ، فكذا إذا استثناء دلالة ، والظاهر أن يكون مستثنى في توكيله الإقرار ، ولهذا لو وكله بالجواب مطلقا ينصرف إلى جواب هو خصومة ، إذ العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار الأهدى فالأهدى ، والوكالة تنهيد بدلالة العرف انتهى فليعلم . فإنه يجوز أن يكون نظير مستثنى القسم والجهد على ما سبق قيل وروى فذكر .

وجه الاستحسان أن التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عينا .

الخلاص ، على أنه لو وكله بالجواب المطلق فأقر يصح عند جميع الأئمة حتى زفر والشافعي فلا يتم مطلوبه . وأما صحة ذلك عند أبي حنيفة وعبد رحمهما الله وعند أبي يوسف على قوله الآخر فما لا يشك فيه أحد فالتنعيم ما أشبه عليه هاهنا بمضاهيه . ثم أقول : الإتيان أن كون ما ذكره المصنف هاهنا مسألة مبتدأة بخلافه غير مودة على وجه الاستشهاد كما اختاره جمهور الشراح بما لا يلحق بشأن المصنف إذ هو بصدد بيان أدلة أقوال المجتهدين في مسألة التوكيل بالخصومة ، فما الفروقة في شروع مسألة أخرى أثناء ذكر أدلة هذه المسئلة قبل تمامها ؟ فالوجه عندي أن هذه المسئلة ذكرت هاهنا على وجه الاستشهاد : يعني لو وكله بالجواب المطلق صريحا لا يتناول الإقرار بل يتقيد بجواب هو خصومة وهو الإنكار بدلالة العرف ، ولهذا يختار فيها الأهلئ فالأهلئ ، فكيف يتناول الإقرار ما إذا وكله بالخصومة بمجرد احتمال أن يراد بالخصومة مطلق الجواب مجازا . نعم مسألة التوكيل بالجواب مطلقا أيضا على الاختلاف المذكور في التوكيل بالخصومة كما صرح به في التخلفات البرهانية فلا يحصل بها إلزام الخصم ، إلا أن ذكرها هاهنا من قبيل رد المختلف على المختلف . فيصير استنباطا تحقيقيا عند المستدل وإن لم يكن إلزاميا ، ونظير هذا أكثر من أن يحصى فتدبر (وجه الاستحسان أن التوكيل) يعني أن التوكيل المجهود المذكور وهو التوكيل بالخصومة (صحيح قطعا) أي صحيح من كل وجه بالإجماع (وصحته بتناوله ما يملكه قطعا) أي صحة هذا التوكيل بتناوله ما يملكه الموكل قطعا لأن التوكيل بغير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح . قال صاحب غاية البيان : ولا يلزم على هذا توكيل المسلم الذي يبيع الخمر أو شرائها فإنه يجوز على مذهب أبي حنيفة مع أن المسلم لا يملك ذلك بنفسه . لانا نقول : إن ذلك مملوك للمسلم ضمنا وحكما لتصرف التوكيل وإن لم يكن مملوكا قصدا على وجه لا يملكه اليوم والإثم في ذلك . على أنا نقول : إن المسلم ولاية في جنس التصرف لكونه حرا عاقلا بالغا على وجه يلزمه حكم التصرف فيها تصرف بولايته ، ولا يشترط أن يكون للموكل ولاية في كل الأفراد ، وقد مضى بيان ذلك في أوائل كتاب الوكالة عند قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتزعم الأحكام اه كلامه . أقول : في جوابه الثاني بحث ، لأنه لا يدفع التخص اللزام هاهنا بصحة توكيل المسلم الذي يبيع الخمر وشرائها عند أبي حنيفة بل يؤيده ، فإنه إذا لم يشترط أن يكون للموكل ولاية في كل الأفراد فجاز عند أبي حنيفة بناء على ذلك توكيل المسلم الذي بما لا يملكه بنفسه وهو بيع الخمر وشرائها ينبغي أن يجوز عنده فيما فيه أيضا صحة التوكيل بما لا يملكه الموكل بناء على ذلك ، فلا يتم قوله وصحته بتناوله ما يملكه قطعا . وقال صاحب العناية : وإن اختلف في ذهرك صحة توكيل المسلم الذي يبيع الخمر فتذكر ما تقدم فيه اه . أقول : الذي تقدم فيه من صاحب العناية هو قوله في أوائل كتاب الوكالة بصدد شرح قول المصنف ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف . قال صاحب النهاية : إن هذا القيد وقع على قول أبي يوسف وعبد رحمهما الله ، وأما على قول أبي حنيفة فن شرطها أن يكون الموكل ممن يملك التصرف لأن المسلم لا يملك التصرف في الخمر ، ولو وكل به جاز عنده ، ومنشأ هذا التوهم أن جعل اللام في قوله يملك التصرف للمعهد : أي يملك التصرف الذي وكل به ، وأما إذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف استرازا عن المعنى "والجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد اه . ولا يفتق أن مال هذا ما ذكره صاحب غاية البيان في جوابه الثاني ، وقد بينا أنه لا يدفع التخص هاهنا بل يؤيده (وذلك) أي ما يملكه الموكل (مطلق الجواب) المتناول للإنكار والإقرار جميعا (دون أحدهما عينا) أي دون أحد

وجه الاستحسان أن هذا التوكيل صحيح قطعا من كل وجه وصحته بتناوله ما يملكه الموكل قطعا ، لأن التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح ، وإن اختلف في ذهرك صحة توكيل المسلم ببيع الخمر فتذكر ما تقدم فيه ، وذلك أي

(قال المصنف : وصحته بتناوله ما يملكه قطعا) أقول : ولا يبعد إدراج التفسير في قوله يملكه إلى التوكيل فلا يرد التوكيل بالخمر (قوله وصحته بتناوله ما يملكه قطعا) أقول : أي ما يملكه الموكل شرعا ، ثم أعلم أن التفسير في قوله بتناوله راجع إلى التوكيل في قوله وجه الاستحسان أن هذا التوكيل (قوله فتذكر ما تقدم فيه) أقول : في الورق الثاني من كتاب الوكالة فراجع مفتحا بذييل لتسالفك هل تجد هناك ما ينفع في منع

وطريق المجاز موجود على ما نبينه إن شاء الله تعالى فيصرف إليه تحرياً للصحة قطعاً ، ولو استغنى الإقرار ، فمن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصح لأنه لا يملكه . وعن محمد رحمه الله أنه يصح

الجوابين بعينه لأنه ربما يكون أحدهما بعينه حراماً لأن خصمه إن كان عفاً يجب عليه الجواب بالإقرار وإن كان مبطلاً يجب عليه الجواب بالإنكار فلا يملك المعين منهما قطعاً فلا يصح التوكيل به قطعاً بل يصح من وجه دون وجه ، وحيث صح من كل وجه علم أنه يتناول مملوكه من كل وجه وهو مطلق الجواب الداخل تحت كل واحد منهما (وطريق المجاز) أي بين الخصومة ومطلق الجواب (موجود على ما نبينه إن شاء الله تعالى) على ما سيأتى عن قريب عند بيان وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في هذه المسئلة (فيصرف إليه) أي فيصرف التوكيل بالخصومة إلى التوكيل بمطلق الجواب (تحرياً للصحة قطعاً) أي تحرياً لصحة كلام الموكل قطعاً . فإن كلام العاقل يصان عن الإلزام (ولو استغنى الإقرار ، فمن أبي يوسف أنه لا يصح) جواب عن مستشهد زفر والشافعي . يعني لانسلم صحة هذا الاستثناء . بل لا يصح على قول أبي يوسف كما ذكره شيخ الإسلام في شرح الجامع الصغير في أصول الفقه أيضاً (لأنه) أي لأن الموكل (لا يملكه) أي لا يملك الاستثناء لأن ملكه يستلزم بقاء الإنكار عينا . وقد لا يملك ذلك كما مر آنفاً ، وكذا ذكر في العناية وكثير من الشروح . أو لأن من أصله أن صحة الإقرار باعتبار قيامه مقام الموكل لا لأنه من الخصومة فيصير ثابتاً بالوكالة حكماً فلا يصح استثنائه ، كما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الوكيل الثمن أو لا يسلم المبيع . فإن ذلك الاستثناء باطل كذا هذا . كذا ذكر في الكافي وفي بعض الشروح (وعن محمد أنه يصح) يعني ولئن سلمنا أن

ما يملكه الوكيل مطلق الجواب دون أحدهما عينا لأن الخصم إذا كان عفاً وجب عليه الإقرار ، وإن كان مبطلاً وجب عليه الإنكار ، لكن لفظ الخصومة موضوع للمقيد فيصرف إلى المطلق مجازاً على ما سيأتى تحرياً للصحة قطعاً (قوله ولو استغنى الإقرار) جواب عن مستشهد زفر رحمه الله . وجهه : لانسلم صحة الاستثناء بل لا يصح على قول أبي يوسف رحمه الله لأنه لا يملك الاستثناء ، لأن ملكه يستلزم بقاء الإنكار عينا ، وقد لا يملك له كما مر آنفاً . ولئن سلمنا صحته كما قال محمد رحمه الله لكنه إنما صح لتخصيصه على الاستثناء والتخصيص زيادة دلالة على تملكه إياه . وبيان ذلك ما قلناه إنه لا يملك له الإنكار لمجاز أن يكون الخصم عفاً ، فإذا نص على استثناء الإقرار دلّ على أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حلالاً لأمر المسلم على الصلاح فتعين الإنكار ، وعند الإطلاق يحمل على الأولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب . وعن محمد أنه فصل بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب ولم يصححه في المطلوب لكونه مجبوراً عليه . قال في النهاية : أي على الإقرار لأن المدعي يثبت ما ادعاه بالبينّة أو يضطر المدعي عليه إلى الإقرار بعرض البينّ عليه فيكون مجبوراً على الإقرار فكذا وكيله ، إلا أن الوكيل عند توجه البينّ يحمل البينّ على موكله لأن النيابة لا تجري في الأيمان فلا ينفذ استثناء الإقرار فالدّعي . ولما قلنا أن يقول : المدعي قد يبرهن عن إثبات دعواه بالبينّة ، وقد لا يضطر المدعي عليه إلى الإقرار بعرض البينّ لكونه عفاً فيكون الاستثناء مفيداً . والجواب أن المطلوب مجبور على الإقرار

النفق هنا . ومعنى أن تقيده قوله صحيح بقوله قطعاً : أي إجماعاً معكفل بنفع النفس ، فإن صحة توكيل المسلم ببيع الخمر مختلف فيه ، وأقل دية الخلف إرثات الشبهة فلا تكون قطعية فليتأمل (قوله لأنه لا يملك الاستثناء لأن ملكه الباطل) أقول : الصغير في قوله ملكه راسع إلى الاستثناء (قوله وعند الإطلاق يحمل على الأولى بحال المسلم) أقول : فيه أنه لم يحمل في الإطلاق على أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حلالاً للمسلم على الصلاح فليطور أن في الإطلاق أيضاً دلالة على ذلك كما يدل عليه قول المصنف لتخصيص زيادة دلالة . ويمكن أن يقال فليطور حقيقة الخصم كثيراً مع الاعتماد بذلك الدلالة ، بخلاف التخصيص فليطعن . قال في الكافي : لأن صحة إقرار الوكيل باعتبار ترك حقيقة اللفظ إلى المجاز حلال على ما هو الأول بالمسلم ، إذ الخصومة متنازعة والمتنازعة حرام والتوكيل بالمحرم حرام فحسبنا على المجاز ظاهر حاله انتهى . يعني حلنا دلالة ظاهر حاله من الدلالة على دلالة الإطلاق فافهم ، إلا أنه بقي البحث في قوله والمتنازعة حرام لأن حرمة المتنازعة منوعة على الإطلاق فليتأمل (قوله فلا يفيد استثناء الإقرار فالدّعي) أقول : فإنه لو لم يقر الوكيل بقر الموكل فلا فرق بين الإقرارين فتفوت فائدة الاستثناء (قوله والجواب أن المطلوب مجبور الخ) أقول : لا يقال إذا كان المدعي عليه عفاً لا يقر الوكيل فلا فائدة في الاستثناء أيضاً لأننا لانسلم أنه لا يقر لمجاز أن يحتمل الطالب بإطاعة الرشوة مثلاً فيقر فليطعن . ولعل مراد صاحب النهاية أن الظاهر أن الوكيل المتعين لا يقر كاذباً على موكله ، بل إنما يقر

لأن التخصيص زيادة دلالة على ملكه إياه ، وعند الإطلاق يحمل على الأولى . وعنه أنه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه ويغير الطالب فيه .

استثناء الإقرار يصح كما قال محمد في ظاهر الرواية لكنه إنما يصح (لأن التخصيص) أي لتخصيص الموكل على الاستثناء (زيادة دلالة على ملكه إياه) أي على تملكه الإنكار . وبيان ذلك أنه إنما لم يحمل له الإنكار بلحاظ أن يكون خصمه محقا ، فإذا نص على استثناء الإقرار دل على أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حلالا لأمر المسلم على الصلاح فحين الإنكار (وعند الإطلاق) أي عند إطلاق التوكيل بالخصومة من غير استثناء الإقرار (يحمل على الأولى) أي يحمل كلامه على ما هو الأولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب (وعنه) أي عن محمد (أنه فصل بين الطالب والمطلوب) أي فصل بين المدهي والمدعي عليه في استثناء الإقرار عند التوكيل بالخصومة فصيح استثناءه في الأول وهو الطالب (ولم يصححه في الثاني) وهو المطلوب (لكنه) أي لكون المطلوب مجبورا عليه) أي على الإقرار ، كذا في النهاية وفي النهاية نقلا عن النهاية ، أو لم ترك الإنكار كذا في كثير من الشروح . وقال في غاية البيان بعد ذكر ذلك : أو يقال لكون المطلوب شخصا يعبر عليه في الخصومة (ويغير الطالب فيه) أي في أصل الخصومة فله ترك أخذ وجهها ، كذا في الكفاية . وذكر في التتمة عن محمد أنه يصح استثناء الإقرار من الطالب لأنه غير ، ولا يصح من المطلوب لأنه مجبور عليه : يعني أن الوكيل إذا كان من جانب المدهي صح استثناء الإقرار لأن المدهي لما كان غيرا بين الإقرار والإنكار أدعى الاستثناء فالدته في حقه . وأما إذا كان من جانب المدعي عليه فلا يصح استثناء الإقرار لأنه لا يفيد ذلك ، لأن المدهي يثبت ما ادعاه بالبينة على المدهي عليه ، أو يضطر المدهي عليه إلى الإقرار بعرض العين عليه فيكون مجبورا على الإقرار فكذلك وكيله ، إلا أن التوكيل عند توجه العين يحمل العين على موكله لأن النيابة لا تجري في الإيمان فلا يفيد استثناء الإقرار فالدته ، كذا في النهاية ومعراج الدراية . وقال صاحب النهاية بعد ذكر ذلك محملا . ولقال أن يقول : للمدهي قد يعجز عن إثبات دعواه بالبينة ، وقد لا يضطر المدهي عليه إلى الإقرار بعرض العين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا . والجواب أن المطلوب مجبور على الإقرار إذا عرض عليه العين وهو مبطل فكان مجبورا في الجملة فلم يكن استثناءه مفيدا فيه ، بخلاف الطالب فإنه غير في كل حال فكان استثناءه مفيدا إلى هنا كلامه . أقول : في الجواب نظر لأنه إذا لم يمتنع كون المطلوب مجبورا على الإقرار بل كان ذلك احتمالا محضا موقفا على كونه مبطلا لم يمتنع عدم الفائدة في استثناءه الإقرار ، بل كان ذلك أيضا احتمالا محضا ، فيمجرد الاحتمال كيف يجوز إساءة الظن بالمسلم وإنهاء كلام الماقل مع وجوب حل أمر المسلم على الصلاح وصيانة كلام الماقل عن الإنهاء ؟ أقول : بين هاهنا بحث ، وهو أن الطالب أيضا قد يكون مجبورا على الإقرار لأن إقرار الطالب لا يتصور من حيث أنه مدعى ، إذ الدعوى والإقرار متباينان ، بل متضادان ، وإنما يتصور ذلك من حيث أنه مدهي عليه باستيفاء حقه من خصمه ، ولا شك أن الطالب من حيث أنه مدهي عليه يعرض عليه العين فيكون مجبورا على الإقرار . لا يقال : المراد أن

إذا عرض العين وهو مبطل فكان مجبورا في الجملة فلم يكن استثناءه مفيدا فيه ، بخلاف الطالب فإنه غير في كل حال فكان استثناءه مفيدا ، ولم يذكر المصنف رحمه الله الجواب عن صورة الصلح والإبراء . وأجيب بأنه إنما لم يصح صلح التوكيل بالخصومة لأن الخصومة ليست بسبب دأع إلى الصلح أو إلى الإبراء فلم يوجد مجوز الجواز ، وفيه نظر ، فإن إفضاءها إلى الصلح أو الإبراء لم يكن أشد من إفضاءها إلى الإقرار فهو مله لاهالة . وأيضا الخصومة والصلح متقابلان ، فينبغي أن تجوز الاستعارة . والأولى أن يقال : التوكيل بالخصومة يتصرف إلى مطلق الجواب لما ذكرنا ويطلق الجواب إما بلا أو بنعم . والصلح عقد آخر يحتاج إلى عبارة أخرى بخلاف ما وضع

إذا كان الخصم محقا ، وفي تلك الصورة يضطر الموكل إلى الإقرار بعرض العين فلا يفيد استثناءه ويتضح عنه ما ذكره هذا الشارح كما لا يخفى فيكون المراد بقوله مجبور عليه أنه مجبور على الإقرار وجودا وحضا (قوله إذا عرض عليه العين وهو مبطل الخ) أقول : فيه إساءة الظن بالمسلم ، ثم لا يلزم ما ذكره من صحة استثناء المطلوب مطلقا إلا بطلب جانب مبطلية المطلوب على خصمه ، إذ لا علم لنا بتعيين مواضع محبة ومبطلية فيمكن القول بصحة الاستثناء في الأول دون الثاني ، وفيه السعي في إنهاء كلام الماقل مع ما ذكرنا من إساءة الظن . ويمكن أن يقال جالب المطلوب يمارضه جانب الطالب ويترجى طلب الطالب بإقرار الوكيل .

فبعد ذلك يقول أبو يوسف رحمه الله : إن الوكيل قائم مقام الموكل : وإقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذلك إقرار نائبه . وهما يقولان : إن التوكيل يتناول جواب يسمى خصومة حقيقة أو مجازاً . والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً - إما لأنه يخرج في مقابلة الخصومة .

الطالب من حيث أنه طالب : أي مدعى يصح منه استثناء الإقرار لعدم كونه مجبوراً على الإقرار من هذه الحيثية بل مخير ، بخلاف المطلوب من حيث أنه مطلوب : أي مدعى عليه فإنه قد يكون مجبوراً عليه . لئنا نقول : الطالب من حيث أنه طالب لما لم يتصور منه الإقرار قط لم يمكن استثناء الإقرار هناك أصلاً فضلاً عن صحت فليتأمل . ثم قال صاحب العناية : ولم يذكر المصنف الجواب عن صورة الصلح والإبراء . وأجيب بأنه إنما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لأن الخصومة ليست بسبب داع إلى الصلح أو إلى الإبراء فلم يوجد مجزئ المجاز . وفيه نظر فإن إفضاءها إلى الصلح والإبراء إن لم يكن أشد من إفضائها إلى الإقرار فهو مثله لا محالة . وأيضاً الخصومة والصلح متقابلان فينبغي أن تجوز الاستعارة . والأول أن يقال : التوكيل بالخصومة ينصرف إلى مطلق الجواب لما ذكرنا . ومطلق الجواب إما بلا أو يتم . والصلح عقد آخر يحتاج إلى عبارة أخرى خلاف ما وضع جواب ، وكذلك الإبراء فلا يتناول اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لاحقيقة ولا مجازاً ، إلى هنا كلامه . أقول : فنظره الأول ساقط جداً . إذ لا نسلم أن إفضاء الخصومة إلى الصلح والإبراء أشد من إفضائها إلى الإقرار أو مثل إفضائها إليه ، وكيف والخصم قد يضطر إلى الإقرار عند عرض البين عليه . بخلاف الصلح والإبراء فإن الخصم لا يضطر إليها أصلاً بل هو مختار فيما مطلقاً ، على أنهما لا يتحققان باختيار الخصم فقط بل لابد فيها من اختيار المتخاصمين معاً ، وإلى هذا كله أشار المحيبي وهو الشارح الإقتافي في تقرير جوابه حيث قال : والجواب عن القياس على الصلح فنقول : إننا لم يصح صلح الوكيل لأن الخصومة ليست بسبب داع إلى الصلح ، بل هو تصرف ابتداء يتعلق باختيارهما اهـ (فبعد ذلك) شروع في بيان ماخذ الاختلاف الواقع بين الأئمة الثلاثة : أي بعد ما ثبت أن التوكيل بالخصومة ينصرف إلى مطلق الجواب أو بعد ما ثبت جواز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله (يقول أبو يوسف) في التسوية بين مجلس القضاء وغيره (إن الوكيل قائم مقام الموكل) فيقتضي هذا أن يملك ما كان الموكل مالكة (وإقراره) أي إقرار الموكل (لا يختص بمجلس القضاء وغيره) لأن الإقرار موجب بنفسه ، وإنما يختص بمجلس القضاء مالا يكون موجباً إلا بانضمام القضاء إليه كالبيئة والنكول (فكذلك إقرار نائبه) أي هو أيضاً لا يختص بمجلس القضاء (وهما) أي أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله (يقولان) في الفرق بين مجلس القضاء وغيره (أن التوكيل) أي التوكيل بالخصومة (يتناول جواباً يسمى خصومة حقيقة) وهو الإنكار (أو مجازاً) وهو الإقرار لما مر أنه ينصرف إلى مطلق الجواب ، ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الإقرار ، والإقرار لا يكون خصومة مجازاً إلا في مجلس القضاء ، لما كان منه في غيره فليس بخصومة لاحقيقة وهو ظاهر ، ولا مجازاً إذ الإقرار إنما يكون خصومة مجازاً من حيث أنه جواب ، ولا جواب في غير مجلس القضاء فلا إقرار يكون خصومة مجازاً في غيره فلا يتناول الجواب الموكل به . ثم إن طريق كون الإقرار من حيث أنه جواب خصومة مجازاً كما وعد المصنف بيانه فيما مرأذكه ههنا بقوله (والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً إما لأنه) أي الإقرار (خرج في مقابلة الخصومة) جواباً عنها فسمى باسمها كما سمي جزء المدون عدواناً في قوله تعالى - فاحتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - وكما سمي جزء البيئة سيئة في قوله تعالى - وجزاء سيئة سيئة مثلها - كذلك في المبسوط

للجواب وكذلك الإبراء فلا يتناول اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لاحقيقة ولا مجازاً (قوله فبعد ذلك) شروع في بيان ماخذ الاختلاف الواقع بين العلماء الثلاثة : أي بعد ما ثبت أن التوكيل ينصرف إلى مطلق الجواب أو بعد ما ثبت جواز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله (يقول أبو يوسف) في التسوية بين مجلس القاضي وغيره (الوكيل قائم مقام الموكل ، وإقرار الموكل لا يختص بمجلس القضاء فكذلك إقرار نائبه ، وهما يقولان إن التوكيل بالخصومة يتناول جواباً يسمى خصومة حقيقة أو مجازاً) لما مر أنه ينصرف (قال المصنف : إما لأنه يخرج في مقابلة الخصومة) أقول : فيكون مجازاً على سبيل المشاكلة كقوله تعالى - وجزاء سيئة سيئة مثلها -

أو لأنه سبب له لأن الظاهر إتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به .

والأسرار . قال صاحب العناية : فكان يجوز التضاد وهو يجوز لغوى لما قررنا في التقرير أنه لا يصلح يجوزاً شرعياً . وقال بعض الفضلاء : بل الظاهر أن يجوز المشاكلة . أقول : لا يخفى على من يعرف حقيقة المشاكلة ويتقن النظر في مباحثها أن المشاكلة بمنزلة عما نحن فيه ، وإنما غرض تحليلهم ما نحن فيه بقوله تعالى - وجزاء سيئة سيئة مثلها - وقوله تعالى - فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - ولكن جواز المشاكلة أيضاً في ذلك الموضعين من النظم الشريف لا يقتضي جوازه فيما نحن فيه ، تأمل توقف (أو لأنه) أى الخصومة على تأويل التضام ، كذا في النهاية وغيرها . وقال في معراج الدراية : وفي بعض النسخ : أو لأنها (سبب له) أى للإقرار ، وقد سمي المسبب باسم السبب كما يقال صلاة العيد سنة مع أنها واجبة باعتبار أنها تثبت بالسنة ، وكما يسمى جزء السبب سنة إطلاقاً لاسم السبب على المسبب فكان الجوز السببية . قال في العناية : وهو يجوز شرعياً نظير الاتصال الصورى في الغوى كما عرف (لأن الظاهر إتيانه) أى إتيان الخصم (بالمستحق) فتكون الخصومة سبباً له حيث أفضى إليه ظاهراً ، كذا ذكره تاج الشريعة واختاره المعنى ، فحينئذ يكون قوله لأن الظاهر الخ تعليل لقوله أو لأنه سبب له . وقيل هو تعليل لقوله والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً بملاحظة القصر في التقيد بقوله في مجلس القضاء : يعنى لا للإقرار في غيره فتأمل اهـ . ويشعر به تحرير صاحب العناية حيث قال : وأما اختصاصه بمجلس القضاء فلأن الظاهر إتيانه بالمستحق الخ فتفكر (وهو) أى المستحق (الجواب في مجلس القضاء) لا غير (فيختص به) أى فيختص جواب الخصومة بمجلس القضاء . قال صاحب العناية : ولو قال لأن الواجب عليه إتيانه بالمستحق بدل لأن الظاهر كان أولى تأدية المقصود انتهى . وقال بعض الفضلاء : إنما لم يقل لأن الواجب الخ لتطرق المنع على دعوى الوجوب ، وسنده ما مر في أول كتاب الوكالة من الشارح حيث بين حكمها انتهى . أقول : ليس هذا بشيء ، لأن مداره على زعم أن ضمير عليه وإتيانه في قوله لأن الواجب عليه إتيانه بالمستحق راجع إلى الوكيل من حيث إنه وكيل ، وليس كذلك بل هو راجع إلى الخصم وهو الموكل حقيقة ، وإن عد الوكيل أيضاً خصماً لقيامه مقام الموكل فالوجوب هاهنا يصير حكم الخصومة لاحكم الوكالة ، ووجوب الجواب على الخصم بما لا يقبل المنع قطعاً ، وما مر من صاحب العناية في أول كتاب الوكالة وهو جواز مباشرة الوكيل مافوض إليه إنما هو حكم الوكالة ، وذلك لا ينافي كون الوجوب المذكور هاهنا حكم الخصومة فلا يكاد يصلح سنداً لمنع ذلك ؛ ألا يرى أنه يجب على الوكيل كثير من أحكام ما باره

إلى مطلق الجواب ، ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الإقرار (والإقرار لا يكون خصومة مجازاً إلا في مجلس القضاء) فما كان منه في غيره فليس بخصومة لاحقيقة وهو ظاهر ولا مجازاً ، إذ الإقرار خصومة مجازاً من حيث أنه جواب ، ولا جواب في غير مجلس القضاء فلا إقرار يكون خصومة مجازاً في غيره فلا يتناول الجواب الموكل به (أما) أنه خصومة مجازاً فلا يخرج في مقابلة الخصومة (فكان يجوز التضاد) . وهو يجوز لغوى لما قررنا في التقرير أنه لا يصلح يجوزاً شرعياً (أو لأن الخصومة سبب الإقرار) فكان الجوز السببية وهو يجوز شرعياً نظير الاتصال الصورى في الغوى كما عرف ، وأما اختصاصه بمجلس القضاء فلأن الظاهر إتيانه بالمستحق (والمستحق هو الجواب في مجلس القضاء فيختص به)

(قوله لا يكون خصومة مجازاً إلا في مجلس القضاء) أقول : لا يلزم عليك ما في كلامه من الركاة ظاهراً . ويتضح بطل قوله إلا في مجلس القضاء حالا من اسم لا يكون (قوله إذ الإقرار خصومة الخ) أقول : من قبيل قياس المساواة المنتج (قوله أما أنه خصومة مجازاً) أقول : أى من حيث أنه جواب ، ويقع من بيان الجوز اعتبار تلك الحقيقة فانهم (قوله فلا يخرج في مقابلة الخصومة) أقول : أى جواباً عنها (قوله فكان يجوز التضاد) أقول : بل الظاهر أن يجوز المشاكلة (قال المسنف : لأن الظاهر إتيانه بالمستحق) أقول : تعليل لقوله والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً بملاحظة القصر من التقيد بقوله في مجلس القضاء : يعنى لا للإقرار في غيره فتأمل (قوله ولو قال لأن الواجب عليه الخ) أقول : إنما لم يقل لأن الواجب الخ لتطرق المنع على دعوى الوجوب ، وسنده ما مر في أول كتاب الوكالة من الشارح حيث بين حكمها

لكن إذا أقيمت البيئة على إقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال إليه لأنه صار مناقضا وصار كالأب أو الوصي إذا أقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال إليهما .

بالوكالة كما قالوا كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة وغيرهما فحقه يجب على الوكيل دون الموكل مع إطباقهم على أن حكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض إليه . فالتوفيق في ذلك كله أن الوجوب حكم ما بآشبهه : والجواز حكم أصل الوكالة فلا تغفل (لكن إذا أقيمت البيئة على إقراره) أي على إقرار الوكيل (في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة) هذا استدراك من قوله فيخص به . وفيه إشارة إلى دفع ما يقال إذا لم يكن الإقرار في غير مجلس القضاء جوابا كان الواجب أن يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة . ومعناه لكن إذا ثبت أنه أقر عند غير القاضي خرج من الوكالة (حتى لا يؤمر) أي لا يؤمر الخصم (بدفع المال إليه) أي إلى الوكيل (لأنه صار مناقضا) في كلامه حيث كذب نفسه بالقول الأول ، والمناقض لا دعوى له . قال في الكافي : حتى لا يؤمر بدفع المال إليه لأنه لا يمكن أن يتيقن ويكلا بمطلق الجواب لأنه لا يملك الإنكار لأنه يصير مناقضا في كلامه : فلو يتيقن ويكلا بيقين ويكلا بنحو مقتيد وهو الإقرار وما وكله بنحو مقتيد وإنما وكله بالجواب مطلقا انتهى (وصار) أي صار الوكيل المتر في غير مجلس القضاء (كأب أو الوصي إذا أقر) أي أقر واحد منهما (في مجلس القضاء) فإنه (لا يصح إقراره) ولا يدفع المال إليه ، بيانه أن الأب أو الوصي إذا ادعى شيئا للصغير فأنكر المدعي عليه وصدقه الأب أو الوصي ثم جاء يدعي المال فإن إقرارهما لا يصح (ولا يدفع المال إليهما) لأنهما خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب إقرارهما بما قاله المدعي عليه . فكذلك هاتنا . كذلك ذكر في أكثر الشروح : والأحسن ما ذكر في الكفاية من أن الأب والوصي إذا أقر على البيعة في مجلس القضاء أنه استوفى حقه لا يصح إقرارهما عليه ، ولكن لا يدفع المال إليهما لزمهما بطلان حق الاحتذ ، وإنما لا يصح إقرارهما لأن ولايتهما نظرية ولا نظر في الإقرار على الصغير انتهى . واعلم أن حاصل هذه المسئلة أخص مسألة التوكيل بالخصومة على حصة أوجه : الأول أن يوكله بالخصومة ولا يتعرض لشيء آخر ، وفي هذا الوجه يصير وكلا بالإنكار بالإجماع ويصير وكلا بالإقرار أيضا عند حملاتنا الثلاثة . الثاني أن يوكله بالخصومة غير جائر الإقرار ، وفي هذا الوجه يصير وكلا بالإنكار ، لأن باستثناء الإقرار تبين أن الوكيل ما يتناول نفس الجواب إنما يتناول جوابا مقتيدا بالإنكار . هكذا ذكر شيخ الإسلام في الأصل ، وذكر الإمام فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع أن هذا الاستثناء على قول أبي يوسف لا يصح ، وعند محمد يصح ، وهكذا ذكر خمس الأئمة السرخسي في شرح وكالة الأصل ، وفي الفتاوى الصغرى أن استثناء الإقرار من الطالب يصح ومن المطلوب لا يصح عند محمد . الثالث أن يوكله بالخصومة غير جائر الإنكار ، وفي هذا الوجه يصير وكلا بالإقرار ، ويصح الاستثناء في ظاهر الرواية ، وعن أبي يوسف لا يصح الاستثناء . الرابع أن يوكله بالخصومة جائز الإقرار عليه وفي هذا الوجه يصير وكلا بالخصومة والإقرار ، حتى لو أقر صرح إقراره على الموكل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ، ويجب أن يعلم أن التوكيل بالإقرار صحيح عندنا ، ولا يصير الموكل مقرا بنفس التوكيل عندنا ، ذكر محمد المسئلة في باب الوكالة بالصلح . الخامس أن يوكله بالخصومة غير جائر الإقرار والإنكار ، ولا رواية في هذا الوجه نحن أصحابنا ، وقد اختلف المتأخرون فيه : بعضهم قالوا لا يصح هذا التوكيل أصلا لأن التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة ، وجواب الخصومة إقرار وإنكار ، فإذا استغنى كلاما لم يفوض إليه شيئا . وحكى من القاضي الإمام صاعدا النيسابوري أنه

ولو قال لأن الواجب عليه إتيانه بالمستحق بدل لأن الظاهر كان أوفى تأدية للمقصود (قوله لكن) استدراك من قوله فيخص به . وفيه إشارة إلى دفع ما يقال إذا كان الإقرار في غير مجلس القضاء ليس بجواب كان الواجب أن لا يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة . ومعناه إذا ثبت أنه أقر عند غير القاضي خرج من الوكالة حتى لا يدفع المال إليه لأنه صار مناقضا وصار كأب أو الوصي إذا أقر في مجلس القضاء (فإني إذا ادعيتها للصغير فأنكر المدعي عليه وصدقه الأب أو الوصي) ثم جاء يدعي المال فإن إقرارهما (لا يصح ولا يدفع المال إليهما) لأنهما خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال

قال : (ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك أبداً) لأن الوكيل من يعمل لغیره ، ولو صحها صار عاملاً لنفسه في إبراء ذمته فأنعدم الركن :

قال : يصح التوكيل ويصير الوكيل وكيلاً بالسكوت متى حضر علس الحكم حتى يسمع البيعة عليه . وإنما يصح التوكيل بهذا القدر لأن ما هو مقصود الطالب وهو الوصول إلى حقه بواسطة إقامة البيعة يحصل به . كل ذلك من اللخيرة . ثم اعلم أنه لو أقر الوكيل بالمقصومة في حد القلف والقصاص لا يصح إقراره ، لأن التوكيل بالمقصومة جعل توكيلاً بالجواب مجازاً بالأجناد فمكنت فيه شبهة العدم في إقرار الوكيل فيورثية في درء ما يندرج بالشببات : كذا في التبيين (قال) أي محمد في الجماع الصغير (ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه) أي قبض المال (عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك) أي لم يكن الكفيل وكيلاً في قبض المال عن الغريم (أبداً) أي لا بعد برائة الكفيل ولا قبلاً . حتى لو هلك المال في يده لم يهلك على الموكل ، أما بعد البراءة فلائها لما تصح حال التوكيل لما سيذكر لم تنقلب صحيحة كن كفل لثابت فأجازها بعد ما بطلت فلائها لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . لأنها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة ، وأما قبل البراءة فلما ذكره بقوله (لأن الوكيل من يعمل لغیره) وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغیره فإنه عامل لنفسه في إبراء ذمته (ولو صحها) أي ولو صحها الوكالة فلا يحن فيه (صار) أي صار الوكيل (عاملاً لنفسه في إبراء ذمته) لأن قبضه يقوم مقام قبض الموكل وبقبضه تبرأ ذمة الكفيل فكذلك بقبض وكيله (فأنعدم الركن) أي ركن الوكالة وهو العمل لغیره فأنعدم عقد الوكالة لأنعدام ركنه وصار

بسبب إقرارها بما قاله المدعي عليه فكل ذلك هاماً . قال (ومن كفل بمال عن رجل الخ) (ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك أبداً لا بعد برائة الكفيل ولا قبلاً ، أما بعد البراءة فلائها لما تصح حال التوكيل لما سيذكر لم تنقلب صحيحة كن كفل لثابت فأجازها بعد ما بطلت فلائها لا يجوز لأنها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة ، وأما قبل البراءة فلائها لأن الوكيل من يعمل لغیره وهو ظاهر ، والكفيل ليس من يعمل لغیره لكونه عاملاً لنفسه في إبراء ذمته كما قال إذا وكل المكيل بقبض الدين من المال عليه فإنه لا يصير وكيلاً لما قلنا . ونوقض بتوكيل المدين بإبراء نفسه عما عليه من الدين فإنه صحيح وإن كان عاملاً في ذلك لنفسه ، ذكره في الجماع الصغير . وأجيب بالبحر مستنداً إلى ما ذكره شيخ الإسلام رحمه الله أن المدين لا يصلح وكيلاً عن الطالب بإبراء نفسه على خلاف ما ذكر في الجماع . سلمناه لكن الإبراء تخليك بدليل أنه يرتد بالرد وكلامنا في التوكيل بالقبض . واعترض بأن عمل الوكيل لنفسه ضمنى لكون الموكل أصيلاً في إثبات الوكالة والضمينيات قد لا تعتبر . وأجيب بأننا لأنسلم ذلك بل الأصل وقوع التصرف لنفس الفاعل . فإن قيل فلتنسجها الوكالة ، لعلها عليها كما لو تأخرت الكفالة عنها فلائها تنسجها . قال المهبوبي رحمه الله في الجماع الصغير : الوكيل بقبض الدين إذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وقيل الوكالة . فالجواب أن الناسخ يجب أن يكون أقوى من المنسوخ أو مطلقه ، والوكالة دون الكفالة

(قوله لا بعد برائة الكفيل الخ) أقول : بأن إبراء المكفول له من الكفالة (قال المصنف : فلأن الوكيل من يعمل لغیره) أقول : ولا واحد من الكفيل من يعمل لغیره فهذا قياس من الشكل الثاني ، أو هو قياس من الشكل الأول على هذه الصورة لو كان الكفيل وكيلاً لصار عاملاً لنفسه ، وكل من صار عاملاً لنفسه طمس بوكيل إذ لاغيره ممن هو عامل لنفسه بوكيل ، وهذا الأهم يهبط حباره فأتمل (قال المصنف : ولو صحها صار عاملاً لنفسه الخ) أقول : قال الزنلي : فإن قيل الدائن إذا وكل المدين بإبراء نفسه من الدين يصح وإن كان عاملاً لنفسه سامياً في برائة ذمته . قلنا : ذلك تخليك وليس بتوكيل كما في قوله لأمراه طلق نفسك انتهى . فيه بحث لأنه إن أراد أنه تخليك فلهين فمنوع لظهور أنه ليس بتخليك ، إلا أن يقال إنه من قبيل المبالغة في التشبيه ، وإن أراد أنه تخليك للإبراء كما في طلق نفسك فإنه تخليك فطابق فالتوكيل أيضاً تخليك التصرف للموكل به كما علم ذلك من الدرس السابق أيضاً (قوله ونوقض بتوكيل المدين) أقول : بتوكيل مضاف إلى الفصول (قوله سلمناه لكن الإبراء تخليك الخ) أقول : يعني لأنسلم كون الإبراء من جنس الإسقاط هو بل من جنس سائر تخليك كما في قوله طلق نفسك إلا أنه عمل تأمل (قوله واعترض بأن عمل الوكيل الخ) أقول : هذا الاعتراض ممانعة (قوله بل الأصل وقوع التصرف لنفس الفاعل) أقول : إذا كان المكل قابلاً له وفيما نحن فيه كذلك لكونه كفيلاً فتمل (قوله فالجواب أن الناسخ يجب أن يكون الخ) أقول : قال الله تعالى - فالنسخ من أية أو لنسخا نلت بغيرها أو مطلقاً - .

هذا كاستحال إذا وكل اغيل بقبض اثنين من المختل عليه لا يصير وكيلًا لما قلنا . فإن قيل : يشكل هذا برب الدين إذا وكل المدينون بإبراء نفسه عما عليه من الدين فإنه يصح نص عليه في الإجماع الكبير ، وإن كان المدينون في إبراء نفسه ساهيا في فكاف رقبته . قلنا : ذكر شيخ الإسلام في تعليل هذه المسئلة أن المدينون لا يصلح وكيلًا عن الطالب بإبراء نفسه على خلاف ما ذكر في الإجماع فكان للمنع فيه مجال . كذا في الفوائد الظهيرية . ولئن سلمنا ذلك فنقول : إن الإبراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد ، فلا يرد علينا نقضا لأن كلامنا في التوكيل لا في التمليك . كذا في النهاية وأكثر الشروح . أقول : في الجواب نظر ، أما في المنع فلأن ما ذكر شيخ الإسلام كيف يصلح للمعارضة لما نص عليه محمد في الإجماع حتى يكون للمنع فيه مجال ، وأما في التسليمي فلأن النقض ليس بنفس الإبراء بل بالتوكيل بالإبراء . فما معنى قولهم إن كلامنا في التوكيل لا في التمليك على أن النقوض هاهنا ليس نفس المسئلة بل دلليها المذكور فإنه جار بميمته في صورة توكيل المدينون بإبراء نفسه عما عليه من الدين مع تحلف الحكم وهو عدم الصحة هناك فلا فائدة في دفع ذلك للفرق المذكور أصلا كما لا يخفى . اللهم إلا أن يقال : مرادهم أن التوكيل بالإبراء في الصورة المذكورة تمليك حقيقة وإن كان توكيلا صورة ، وكلامنا في التوكيل الحقيقي لا فيما هو توكيل صورة تمليك حقيقة ، والدليل المذكور أيضا إنما يخبر في التوكيل الحقيقي لأن كون الوكيل عاملا لغيره إنما هو في ذلك ، ويميل إلى هذا التوجيه تقرير صاحب الكافي في الجواب عن السؤال المذكور حيث قال : فإن قيل : الدائن إذا وكل المدينون بإبراء نفسه عن الدين يصح نص عليه في الإجماع ، وإن كان المدينون في إبراء نفسه ساهيا في فكاف رقبته . قلنا : إنما يصح ثمة لأنه تمليك لا لأنه توكيل كما قوله طلي نفسك انتهى فتأمل . قال صاحب الكفاية بعد نقل السؤال والجواب عن الكافي : قلت لو كان تمليك لا يقتصر على المغيب ولا يقتصر اه . أقول : يمكن أن يعارض هذا بأنه لو لم يكن تمليكًا لما ارتد بالرد كما أشير إليه في سائر الشروح حيث قيل : إن الإبراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد فتدبر . ثم إن الإمام الزبلي ذكر السؤال المذكور وجوابه في شرح الكنز على نهج ما ذكر في الكافي بنوع تغيير عبارة في السؤال والجواب حيث قال : فإن قيل الدائن إذا وكل المدينون بإبراء نفسه عن الدين يصح وإن كان عاملا لنفسه ساهيا في براءة ذمته . قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل كما في قوله طلي نفسك اه . وأعرض عليه بعض الفضلاء حيث قال بعد نقل ذلك عنه : فيه بحث ، لأنه إن أراد أنه تمليك للدين فمتنع لظهور أنه ليس بتمليك ، إلا أن يقال : إنه من قبيل المبالغة في التشبيه ، وإن أراد أنه تمليك للإبراء كما في طلي نفسك فإنه تمليك للطلاق ، فالتوكيل أيضا تمليك للتصرف الموكل به كما علم ذلك من الدرس السابق أيضا اه . أقول : يجوز أن يختار كل واحد من شئ تردده . أما الأول فاسقوط منع ذلك بإقامة الدليل عليه بأنه لو لم يكن تمليكًا للدين بل كان إسقاطا لما ارتد بالرد ، فإن الإسقاط يتلشى لا يرتد بالرد على ما عرف . وقد أشار إليه الشراح بقولهم : الإبراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد . وأما الثاني فلسقوط نقض ذلك بالتوكيل فإن التوكيل على ما مر في صدر كتاب الوكالة إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم فهو إزابة محضة لا تمليك شيء أصلا . فقله فالتوكيل أيضا تمليك للتصرف الموكل به كما علم في الدرس السابق أيضا ساقط جدا ، إذ لم يعلم قط لا في الدرس السابق ولا في موضع آخر أن التوكيل تمليك شيء ، بل هم مصرحون بكونه مقابلا للتمليك في مواضع شتى سيما في باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق . ثم قيل : ينبغي أن تصح وكالة الكفيل في مسئلتنا لأنه حامل لرب الدين قصدا ، وعمله لنفسه كان واقعا في ضمن عمله لغيره . والضمائم قد لا تعتبر . وأجيب بأننا لانسلم ذلك بل العمل لنفسه أصم ، إذ الأصل أن يقع تصرف كل عامل لنفسه لا لغيره . وقيل لما استويا في جهة الأصالة ينبغي أن تعطى الكفالة بالوكالة ، لأن الوكالة كانت طارئة على الكفالة فكانت ناسخة للكفالة ، كما إذا تأخرت الكفالة عن الوكالة فلها تكون ناسخة للوكالة ، فإن الإمام الميرزا ذكر في الإجماع الصغير أن الوكيل بقبض الدين إذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة . وأجيب بأن الكفالة تصلح ناسخة للوكالة وبطلت لما لا على العكس ، لأن الشيء جاز أن يكون منسوخا بما هو مثله أو فوقه لا بما هو دونه ، والوكالة دون

لأن الكفالة عقد لازم لا يمكن الكفيل من عزل نفسه دون الوكالة فلا يجوز أن تكون الوكالة ناسخة للكفالة وإن جاز عكسه

ولأن قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أمينا ، ولو صححتها لا يقبل لكونه مبرئا نفسه فيتعذر بانعدام لازمه . وهو نظير عبد مديون أعتقه مولاة حتى ضمن قيمته للفرءاء ويطالب العبد بجميع الدين : فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه . قال (ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه) لأنه إقرار على نفسه لأن ما يقضيه خالص ماله (فإن حضر الغائب

الكفالة في الرتبة لأن الكفالة عقد لازم لا يمكن الكفيل من عزل نفسه ، بخلاف الوكالة فلم يبرأ أن تكون الوكالة نائمة للكفالة وإن جاز حكمه (ولأن قبول قوله) أي قبول قول الوكيل (ملازم للوكالة) هذا دليل آخر على المسئلة . تقريره أن الوكالة تستلزم قبول قول الوكيل (لكونه أمينا ، ولو صححتها) أي لو صححت الوكالة هاهنا (لا يقبل) أي لم يقبل قوله (لكونه مبرئا نفسه) عما لزمه بحكم كفالته فانتفى اللازم وهو قبول قوله (فيتعذر) أي التوكيل الذي هو المألوم (بانعدام لازمه) الذي هو قبول قوله لأن انتفاء اللازم يستلزم انتفاء المألوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده ، وما كان كذلك فهو معلوم (وهو نظير عبد مديون) أي ما ذكر من مسئلتنا نظير مسألة عبد مديون أو بطلان الوكالة فيما نحن فيه نظير بطلانها في عبد مديون . وفي بعض النسخ : ونظيره عبد مديون (أعتقه مولاة حتى ضمن قيمته) أي ضمن المولى قدر قيمة العبد سواء كان موصرا أو معسرا (الفرءاء ويطالب العبد بجميع الدين ، فلو وكله الطالب) أي فلو وكل المولى الطالب وهو رب الدين (بقبض المال عن العبد كان باطلا) أي كان التوكيل باطلا (لما بيناه) من أن الوكيل من يعمل لغيره وهاهنا لما كان المولى ضامنا لقيمة العبد كان في مقداره عاملا لنفسه لأنه يرى به نفسه فكان التوكيل باطلا (قال) أي القدرى في غنصره (ومن ادعى أنه وكيل الغائب) أي وكيل فلان الغائب (في قبض دينه فصدقه الغريم) أي المديون (أمر) أي الغريم (بتسليم الدين) وفي بعض النسخ بتسليم المال (إليه) أي إلى مدعى الوكالة (لأنه) أي لأن تصديق الغريم إياه (إقرار على نفسه لأن ما يقضيه خالص ماله) أي لأن ما يقضيه المديون خالص مال المديون ، إذ المديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها كما تقدم وتقرر ، فما أداه المديون مثل مال رب الدين لا عينه ، فكان تصديقه إقرارا على نفسه ، ومن أقر على نفسه بشيء أمر بتسليمه إلى المقر له (فإن حضر الغائب) أي رب الدين

(قوله ولأن قبول قوله) دليل آخر . وتقريره أن الوكالة تستلزم قبول قوله لكونه أمينا ، ولو صححت الوكالة هاهنا انتفى اللازم وهو قبول قوله لكونه مبرئا نفسه ، وانتفاء اللازم يستلزم انتفاء المألوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده ، وما كان كذلك فهو معلوم ونظير بطلان الوكالة فيما نحن فيه بطلانها في عبد مديون أعتقه مولاة حتى ضمن للفرءاء قيمته ويطالب العبد بجميع الدين ، فلو وكله الطالب بقبض دينه من العبد كان التوكيل باطلا لما بينا أن الوكيل من يعمل لغيره ، وهاهنا لما كان المولى ضامنا لقيمته كان في مقداره عاملا لنفسه لأنه يرى به نفسه فيكون التوكيل باطلا . قال (ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه الخ) ومن ادعى أنه وكيل فلان الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه لأنه أقر على نفسه ، لأن ما يقضيه الغريم خالص حقه لأن المديون تقضى بأمثالها ، فما أداه المديون مثل مال رب المال لا عينه ، وقد تقدم فكان تصديقه إقرارا على نفسه ، ومن أقر على نفسه بشيء أمر بتسليمه إلى المقر له ، فإن حضر الغائب فصدقه فيها وإلا دفع الغريم إليه ثانيا ، لأنه إذا أنكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء لأن القول في ذلك قوله لأن الدين كان ثابتا والمديون يدعى أمرا عارضا وهو سقوط الدين بأدائه إلى الوكيل والموكل ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع عينه . وإذا لم يثبت الاستيفاء فسد

(قوله فلا يجوز أن تكون الوكالة نائمة الخ) أقول : وق خلاصة شرح القدرى : وإذا ضمن الوكيل بالبيع اثنين من المبتاع فضائه باطل لأنه أمين فلا يصح ضمانا انتهى ، فليها ذكره الشارح بحث . (قوله فما أداه المديون مثل مال رب المال لاصحيه وقد تقدم) أقول : أي في هذا الباب (قوله لأن القول في ذلك قوله الخ) أقول : قوله القول اسم أن . وقوله قوله خبر أن .

فصدقه وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانياً) لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة؛ والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الأداء (ويرجع به على الوكيل إن كان باقياً في يده) لأن غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل قلة أن ينقض قبضه (وإن كان ضام) (في يده لم يرجع عليه) لأنه بتصديقه اعترف أنه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الأصل ، والمظلوم لا يظلم غيره .

(فصدقه) أى صدق الوكيل فيها (ولم) أى وإن لم يصدقه (دفع إليه) أى إلى رب الدين (الغريم الدين ثانيا لأنه لم يثبت الاستيفاء) أى استيفاء رب الدين حقه (حيث أنكرو الوكالة - والقول فى ذلك قوله) أى القول فى إنكار الوكالة قول رب الدين (مع يمينه) لأن الدين كان ثابتا والمديون يدعى أمرا عارضا وهو سقوط الدين بأدائه إلى الوكيل ورب الدين ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه . وإذا لم يثبت الاستيفاء (فيصد الأداة) أى يفسد الأداة إلى مدعى الوكالة ، وأداء الدين واجب على المدينين فيجب الدفع ثانيا إلى رب الدين (ويرجع به) أى ويرجع المدينون بما دفعه أولا (على الوكيل) أى على مدعى الوكالة (إن كان باقيا فى يده) أى إن كان ما دفعه إلى الوكيل باقيا فى يده (لأن غرضه) أى غرض المدينون (من الدفع) أى من الدفع إلى الوكيل (براءة ذمته) من الدين (ولم تحصل) أى لم تحصل البراءة (فله أن ينقض قبضه) أى فلمدينون أن ينقض قبض الوكيل (وإن كان ضاع) أى إن كان مادفعه إلى الوكيل ضاع (فى يده لم يرجع) أى المدينون (عليه) أى على الوكيل (لأنه) أى المدينون (بتصديقه) أى بتصديق الوكيل (اعترف أنه) أى الوكيل (عنى فى القبض) والحق فى القبض لارجوع عليه (وهو) أى المدينون (مظلوم فى هذا الأخل) أى فى الأخل الثانى ، وهذه الجملة أحنى قوله وهو مظلوم فى هذا الأخل معطوف على ما فى حين أن فى قوله اعترف أنه عنى فى القبض ؛ فالمنى أن المدينون بتصديق الوكيل اعترف أيضا أنه زعم أنه مظلوم فى هذا الأخل الثانى (والمظلوم لا يظلم غيره) فلا يأخذ المدينون من الوكيل بعد الإهلاك . قال صاحب العناية : فإن قيل : هذا الوجه يقتضى أن لا يرجع عليه إذا كانت العين فى يده باقية أيضا . فالجواب أن العين إذا كانت باقية يمكن نقض القبض فيرجع بقبضه إذا لم يحصل غرضه من التسليم ، وأما إذا هلك فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه انتهى . أقول : لقائل أن يقول : إن الحق فى القبض كما لا يرجع عليه ابتداء لا ييسر نقض قبضه أيضا بل رضاه فكيف يرجع بنقضه وإن المظلوم كما لا يجوز له أن يظلم غيره ابتداء كذلك لا يجوز له أن يتوصل إليه بوسيلة كنقض القبض هاهنا فلا يتم الجواب المذكور . فالجواب الواضح أن الوكيل وإن كان حقا فى القبض على زعم المدينون إلا أن قبضه لم يكن لنفسه أصالة ، بل كان لأجل الإيصال إلى موكله بطريق النيابة ، فلم يكن ماقبضه ملك نفسه ، فإذا أخذ الدائن من المدينون ثانيا ولو كان ظلما فى زعم المدينون لم يبق للوكيل حق إيصال ما قبضه إلى الموكل لو صول حق الموكل إلى نفسه من الغريم ، فإن كان حين ماقبضه الوكيل باقيا فى يده لم يكن رجوع المدينون عليه ظلما له أصلا لأن ماقبضه لم يكن ملك نفسه بل كان مقبوضا لأجل الإيصال إلى موكله ، وإذا لم يبق له حق الإيصال إلى الموكل فلمدينون نقض قبضه بعد ذلك لعدم حصول غرضه من الدفع إليه ، بخلاف ما إذا كان حين ما قبضه هالكا ، فإن ماقبضه وإن لم يكن ملك نفسه إلا أن يده كانت يد أمانة على زعم المدينون حيث صدقه فى الوكالة ، وتضمن الأمين ظم لا يخطئ . ثم إن الإمام الزهلى قال فى التبيين : ويرد على هذا ما لو كان لرجل ألف درهم مثلا وله ألف آخر دين على رجل . فأتى وترك ابنه فاقبضا

الأداء وهو واجب على المدين فيجب الدفع ثانياً ويرجع به على الوكيل إن كان باقياً في يده ، لأن غرضه من الدفع براءة ذنبه ولم يحصل له فله أن ينقض ، وإن ضاع في يده لم يرجع عليه لأنه بتسديده اعترف أن الوكيل حق في القبض والحق في القبض لارجوع عليه ، ولأنه بتسديده اعترف أنه مظلوم في هذا الأخذ : يعني الأخذ الثاني ، والمظلوم لا يظلم غيره . فلن قيل : هذا الوجه يقتضي أن لا يرجع عليه إذا كانت العين في يده باقية أيضاً . فالجواب أن العين إذا كانت باقية أمكن نقض القبض ف يرجع

(قوله بِالْمَظْلُومِ لِإِيْظَامٍ غَيْرِهِ) أَقُولُ : مَتَمَسِّكًا بِأَنَّهُ ظَلَمَ (قوله فَإِنْ قِيلَ هَذَا الْوَجْهُ الْخَالِصُ) أَقُولُ : أُنْتِ خَيْرٌ بِأَنَّ الظَّالِمَ فِي التَّضَمُّينِ بَعْدَ الْهَلَاكِ فِي بَعْدِهِ لَا فِي الْإِسْتِرْدَادِ حَالِ قِيَامِهِ إِذْ لَا مَلَكَ وَلَا حَقَّ الْوَكِيلِ ، وَلِهَذَا مَا ذَكَرَهُ الْفَارُوسُ إِلَى هَذَا .

قال (إلا أن يكون ضمنه عند الدفع) لأن المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما ، وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض فتصبح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ، ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه إليه على ادعائه ، فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه على الوكالة ، وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة ، فإذا انقطع رجاءه رجع عليه ، وكذا إذا دفعه إليه

الألف العين نصفين فأدعى الذي عليه الدين أن الميت استوفى منه الألف حال حياته فصده أحداهما وكذبه الآخر فالمكذب يرجع عليه بجمسالة ويرجع بها الغريم على المصدق وهو في زعمه أن المكذب ظلمه في الرجوع عليه فظلم هو المصدق بالرجوع بما أخذ المكذب . وذكر في الأمالي أنه لا يرجع ، لأن الغريم زعم أنه برئ من جميع الألف ، إلا أن الابن الجاحد ظلمه ، ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره ، وما أخذه الجاحد دين على الجاحد ودين الوارث لا يقضى من التركة . وجه الظاهر أن المصدق أقر على أبيه بالدين ، لأن الإقرار بالاستيفاء إقرار بالدين ، لأن الدين تقضى بأصلها فإذا كذبه الآخر وأخذ منه حسنة لم تسلم له البراءة إلا عن حسنة بقيت حسنة ديناً على الميت فيرجع بها على المصدق فيأخذ ما أصابه بالإثرت حتى يستوفى ، لأن الدين مقدم على الإثرت ، إلى هنا كلامه فأمثل (قال) أي المصنف في البداية (إلا أن يكون ضمنه عند الدفع) هذا استثناء من قوله لم يرجع عليه : يعني إذا ضاع في يده لم يرجع عليه ، إلا أن يكون ضمنه عند الدفع ، وهذا اللفظ مروى بالتشديد والتخفيف ، ففي التشديد كان الضمير المستكن في ضمنه مستنداً إلى المدينون والضمير البارز راجعاً إلى الوكيل ، وفي التخفيف على العكس ، فإن معنى التشديد هو أن يجعل المدينون الوكيل ضماناً عند دفع المال إلى الوكيل بأن يقول له اضمن لي ما دفعته إليك عن الطالب ، حتى لو أخذ الطالب مني ماله أخذ منك مادفعته إليك ، ومعنى التخفيف هو أن يقول الوكيل للمدينون أنا ضامن لك إن أخذ منك الطالب ثانياً فأنأ أرد عليك ما قبضته منك . وعلى كلا التقديرين يرجع المدينون على الوكيل (لأن المأخوذ) منه (ثانيا مضمون عليه) أي على رب الدين (في زعمهما) أي في زعم الوكيل والمدينون ، لأن رب الدين في حقهما غاصب فيما يقبضه ثانياً (وهذه) أي هذه الكفالة (كفالة أضيفت إلى حالة القبض) أي إلى حالة قبض رب الدين ثانياً (فتصح) أي فتصح هذه الكفالة لإضافتها إلى سبب الرجوع وهو قبض رب الدين فصارت بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان) أي بما يلوب : أي يجب له عليه ، وهذا ماضٍ أريد به المستقبل ، وقد مر تقريره في كتاب الكفالة ، فوجه المشابهة بين المستثنين كون كل واحدة منهما كفالة أضيفت إلى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه (ولو كان الغريم لم يصدقه) أي لم يصدق الوكيل (على الوكالة) يعني ولم يكذبه أيضاً بل كان سائماً ، لأن فرع التكليب سبباً عقيب هذا (ودفعه إليه) أي دفع المال إلى الوكيل (على ادعائه) أي بناء على مجرد دعوى الوكيل (فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه) أي الغريم (لم يصدقه على الوكالة) ، وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة ، أي على رجاء أن يميزه صاحب المال (فإذا انقطع رجاءه) أي رجاء الغريم يرجع صاحب المال عليه (رجع عليه) أي رجع الغريم أيضاً على الوكيل (وكذا إذا دفعه إليه)

بنقصه إذا لم يحصل غرضه من التسليم ، وأما إذا هلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه (قوله إلا أن يكون) استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني إذا ضاع في يده ولم يرجع عليه إلا إذا كان ضمن المدينون الوكيل على رواية التشديد بأن قال له اضمن لي ما دفعته إليك عن الطالب حتى لو أخذ الطالب مني ماله أرجع عليك بما دفعته إليك أو ضمن الوكيل للمدينون وقال أنا ضامن لك إن أخذ منك الطالب ثانياً أرد عليك ما قبضته منك على رواية التخفيف فإنه يرجع على الوكيل حينئذ ، لأن المأخوذ ثانياً مضمون على رب الدين في زعم الوكيل والمدينون لأنه غاصب في حقهما فيما يقبضه ثانياً فكانه قال : أنا ضامن لك ما قبضه منك فلان ، وهو ضمان صحيح لإضافته إلى سبب الرجوع ، وهو قبض رب الدين بمنزلة الكفالة بما ذاب عليه : أي يلوب في كون كل واحد منهما كفالة أضيفت إلى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه (ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة) يعني ولم يكذبه أيضاً لأن فرع التكليب سبباً عقيب هذا (ودفعه إليه على ادعائه) فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه على الوكالة ، وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة ، فإذا انقطع رجاءه رجع عليه ، وكذا إذا دفعه إليه

على تكذيبه إياه في الوكالة . وهذا أظهر لما قلنا ، وفي الوجه كلها ليس له أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لأن المودى صار حقا للغائب ، إما ظاهرا أو محتملا فصار كما إذا دفعه إلى فضولى على رجاء الإجازة لم يملك الاسترداد لاحتقال الإجازة ، ولأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن يتنقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه .

أى وكذا الحكم إذا دفع الغريم المال إلى الوكيل (على تكذيبه) أى على تكذيب الغريم (إياه) أى الوكيل (في الوكالة) أى في دعوى الوكالة (وهذا) أى جواز رجوع المدين على الوكيل في صورة التكذيب (أظهر) أى أظهر من جواز رجوعه عليه في صورتين الأوليين وهما صورة التصديق مع التضمين وصورة السكوت ، لأنه لما رجع عليه في تينك صورتين مع أنه لم يكذبه فيهما فلازم يرجع عليه في هذه الصورة وقد كذبه فيها أولى بالطريق لأنه إذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب والمقصوب منه حتى الرجوع به على الغاصب قطعا (لما قلنا) إشارة إلى قوله وإنما دفع إليه على رجاء الإجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الظاهرية كما لا يخفى (وفي الوجه كلها) يعنى الوجه الأربعة المذكورة وهى دفعه مع التصديق من غير تضمين ، ودفعه بالتصديق مع التضمين ، ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب ، ودفعه مع التكذيب (ليس له) أى ليس للغريم (أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب ، لأن المودى صار حقا للغائب ، إما ظاهرا) وهو في حالة التصديق (أو محتملا) وهو في حالة التكذيب ، كذا في عامة الشروح . أقول : الحق في بيان قوله أو محتملا أن يقال وهو في حالة التكذيب وحالة السكوت ليتناول كلامه الوجه المذكورة كلها . وقيل ظاهرا إن كان الوكيل ظاهر العدالة ، أو محتملا إن كان فاسقا أو مستور الحال (فصار) أى صار الحكم في الوجه كلها (كما إذا دفعه) أى كما إذا دفع الغريم المال (إلى فضولى على رجاء الإجازة) من صاحب المال فإن الدافع هناك لم يملك الاسترداد لاحتقال الإجازة (فكذا هاهنا) ولأن من باشر التصرف لغرض عطف على قوله لأن المودى صار حقا للغائب (ليس له أن يتنقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه) أى عن حصول غرضه لأن سعى الإنسان في نقض ما تم من جهته مردود كما إذا كان الشيعي وكيل المشتري ليس له الشفعة لأنه لو كان له الشفعة كان سعيه في نقض ما تم من جهته وهو البيع ، ولم يذكر المصنف أن الغريم إذا أنكر الوكالة هل يخلف أولا ؟ قال الخصاص : لا يخلف على قول أبي حنيفة ، ويخلف على قولهما لأنه ادعى عليه ما لو أقرب به لزمه فإذا أنكره يخلف ، لكنه على العلم لأنه على فعل الغير .

مكذبا (في) في دعوى (الوكالة) ، وهذا) أى جواز الرجوع في صورة التكذيب (أظهر) منه في صورتين الأوليين وهو التصديق مع التضمين والسكوت ، لأنه إذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب والمقصوب منه حتى الرجوع على الغاصب . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة ، لكنه دليل الرجوع لا دليل الظاهرية (وفي الوجه كلها) أى الأربعة المذكورة دفعه مع التصديق من غير تضمين ، ودفعه بالتصديق مع التضمين ، ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب ، ودفعه مع التكذيب (ليس للغريم أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب ، لأن المودى صار حقا للغائب ، إما ظاهرا) وهو في حالة التصديق (أو محتملا) وهو في حالة التكذيب . وقيل ظاهرا إن كان الوكيل ظاهر العدالة ، أو محتملا إن كان فاسقا أو مستور الحال (فصار) كما إذا دفعه إلى فضولى على رجاء الإجازة (فإنه) لم يملك الاسترداد لاحتقال الإجازة ، ولأن من باشر تصرفا لغرض ليس له أن يتنقضه ما لم يقع اليأس عن حصول غرضه (لأن) سعى الإنسان في نقض ما تم من جهته مردود ، وقد تقدم . ولم يذكر المصنف رحمه الله أن الغريم إذا أنكر الوكالة هل يستحلف أولا . قال الخصاص رحمه الله : لا يخلف على قول أبي حنيفة رحمه الله ويخلف على قولهما لأنه ادعى عليه ما لو أقرب به لزمه فإذا أنكره يخلف لكنه على العلم لأنه على فعل الغير . وله أن الاستحلف يبنى على دعوى صحيحة ، وما لم تثبت نيابته عن الأمر لم يصح دعواه فلا يستحلف ، وكذا لم يذكر ما إذا أقر بالوكالة وأنكر الدين ، والحكم على عكس ذلك يستحلف عنده خلافا لما بناء على أن الوكيل يقبض الدين يملك الخصومة

(قوله إما ظاهرا وهو في حالة التصديق أو محتملا وهو في حالة التكذيب) أقول : وفي حالة السكوت .

(ومن قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم إليه لأنه أقر له بمال الغير ، بخلاف الدين ، ولو ادعى أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له

وله أن الاستحلاف ينبنى على دعوى صحيحة ، وملم ثبت نياجه عن الأمر تصح دعواه فلا يستحلف ، وكذا لم يذكر ما إذا أقر بالوكالة وأنكر الدين ، والحكم فيه على عكس ذلك يستحلف عنده خلافا لما بناء على أن الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عنده ، وقد ثبت الوكالة في حقه بإقراره ، وكذا في العتابة أخذنا من التباية . وذكر في الكافي أنه إن دفع الغريم المال إلى الوكيل ثم أقام البيعة على أنه ليس بوكيل أو أقام البيعة على إقراره أن الطالب ما وكله لا تقبل ، ولو أراد أن يستحلفه على ذلك لا يحلف عليه لأن كل ذلك ينبنى على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعيا في نقض ما أوجهه للعائب ، فإن أقام الغريم البيعة على أن الطالب جحد الوكالة وقبض المال متى قبل لأنه ثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على إثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه ، فانتصب الحاضر خصما عن العائب في إثبات السبب فيثبت قبض الموكل فينتقض قبض الوكيل ضرورة ، وجاز أن يثبت الشيء ضمنا وضرورة ولا يثبت مقصودا اهـ (ومن قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم إليه) هذا لفظ القنودري في مختصره ، حله المصنف بقوله (لأنه أي المودع يفتح الدال (أقر له) أي للوكيل (بمال الغير) وهو المودع بكسر الدال ، فإنه أقر ببقاء الوديعة على ملك المودع ، والإقرار بمال الغير يحق القبض غير صحيح (بخلاف الدين) حيث يؤمر المدينون بالتسليم إلى الوكيل الذي صدقه في وكالته على مامر ، فإن الدينون تقضى بأمثالها فكان إقرار المدينون إقرارا على نفسه بحق المطالبة والقبض ، وكذا ذكره الإمام قاضيه خان . ثم إن الوجه الأربعة المذكورة في الوكيل بقبض الدين واردة في الوكيل بقبض الوديعة أيضا ؛ فإنه قال في المبسوط : وإذا قبض رجل وديعة ورجل فقال رب الوديعة ما وكلتك وحلف على ذلك وضمن ماله المستودع رجع المستودع بالمال على القابض إن كان عنده بعينه لأنه ملكه بأداء الضمان ، وإن قال هلكت أي أو دفعته إلى الموكل فهو على التفصيل الذي قلنا إن صدقه المستودع في الوكالة لم يرجع عليه بشيء ، وإن كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه أو صدقه وضمنه كان له أن يضمنه لما قلنا اهـ . وذكر في الفوائد الظهيرية في فصل الوديعة إذا لم يؤمر بالتسليم ، ومع هذا سلم ثم أراد الاسترداد هل له ذلك ؟ ذكر شيخ الإسلام علاء الدين في شرح الجامع الصغير أنه لا يملك الاسترداد لأنه ساع في نقض ما أوجه . وقال أيضا : وإذا لم يؤمر المودع بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت في يده هل يضمن ؟ قيل لا يضمن ، وكان ينبغي أن يضمن لأن المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع ، والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله اهـ (ولو ادعى) أي ولو ادعى أحد ، وفي بعض النسخ : فلو ادعى ذكر المصنف هذه المسئلة نظرياً على مسئلة القنودري (أنه) الضمير للشأن (مات أبوه) أي أبو المدهي (وترك الوديعة ميراثا له) أي للمدهي (ولا وارث له) أي للميت

عنده وقد ثبتت الوكالة في حقه بإقراره (ومن قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه لأنه إقرار بمال الغير) يحق القبض فإنه أقر ببقاء الوديعة على ملك المودع ، والإقرار بمال الغير يحق القبض غير صحيح (بخلاف الدين) على مامر أن الدينون تقضى بأمثالها فكان إقراره إقرارا على نفسه بحق المطالبة ، فإن دفعها إليه فحضر العائب وأنكر الوكالة وحلف على ذلك وضمن المودع فهل للمستودع الرجوع أولا ، فهو على الوجه المذكور إن دفعها إليه مصدقا لا يرجع وإن صدقه وضمنه أو سكت أو كذبه فدفعها إليه يرجع إن لم تكن العين في يده بالقبول وإن كانت باقية أخذها لأنه ملكها بالضمان ، وأما الاسترداد قبل حضور العائب فغير جائز لما مر (ولو ادعى) أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له

(قوله فإن دفعها إليه فحضر العائب) أقول : يعني إن دفع الوديعة اليه (قوله إن لم تكن العين اليه) أقول : قوله إن لم تكن فاطر إلى قوله لا يرجع وإلى قوله يرجع مما (قوله وأما الاسترداد ، إلى قوله لما مر) أقول : فيه بحث مذكور وجهه في شرح الكنز تزييلي في فصل القضاء بالقرارات فراجع .

غيره : وصلة المودع أمر بالدفع إليه لأنه لا يبق ماله بعد موته ،

(غيره) أى غير المدعى (وصلة المودع أمر بالدفع إليه) أى أمر المودع بدفع الوديعة إلى ذلك المدعى . أقول : من العجائب هاهنا أن الشارح المعنى قال في تفسير هذه المسئلة : أى قلوادعى من قال إلى وكيل أى إن فلانا مات أبوه الخ . ولا يخفى على من له أدنى مسكة أن هذه المسئلة مسألة الوراثة ذكرت تفريعا على مسألة الوكالة لبيان الاختلاف بينهما في الحكم ، وأنه لا مجال لأن يكون الضمير المستكن في ولو ادعى أو قلوادعى راجعا إلى من قال إلى وكيل ، لأن المودع لا يؤمر بالتسليم إلى مدعى الوكالة أصلا . قال المصنف في تعليل هاتيك المسئلة (لأنه) أى لأن مال الوديعة (لا يبقى ماله) أى لا يبقى مال المودع (بعد موته) أى بعد موت المودع . قال صاحب النهاية : ماله بالنصب ، وقال هكذا كان محرابا يعراب شيخي : أى لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته : أى منسوباً إليه وملوكا له ، فكان انتصابه على تأويل الحال كما في كلمته فاه إلى في : أى مشافها أه . وقال صاحب معراج الدرابة بعد نقل مائى النهاية بعينه : ويموز الرفع . وقال صاحب غاية البيان : قوله لا يبقى ماله بالنصب على أنه حال كما في قوله كلمته فاه إلى في : يعنى لا يبقى مال الوديعة مال أبيه بعد موت أبيه أه . وقال صاحب العتاية : وروى صاحب النهاية عن خط شيخه نصب ماله ووجهه يكونه حالا كما في كلمته فاه إلى في : أى مشافها ، ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوباً إليه وملوكا له وتبعه غيره من الشارحين . وأرى أنه ضعيف لأن الحال مقيد للعامل ، فكلمته يجوز أن يكون مقيدا بالمشافهة : أى كلمته في حال المشافهة . وأما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مالا وملوكا له منسوباً إليه فليس له معنى ظاهر ، والظاهر في إعرابه الرفع على أنه فاعل لا يبقى : أى لأن المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله إلى الوارث أه كلامه . أقول : فيه نظر . أما أولا فلا نية قد تقرر في علم البلاغة أنه يجوز في أمثال هذا التركيب أن يعتبر القيد أولا فيقول المعنى إلى نبي القيد ، وإن يعتبر النفي أولا فيقول المعنى إلى تنقيد النفي ويتعين كل واحد من الاختيارين بقرينة تشبه له ، فإن أراد بقوله وأما قوله لا يبقى مال المودع حال كونه مالا وملوكا له منسوباً إليه فليس له معنى ظاهر أنه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الأول فسنوع ، إذ لا يبقى أن نبي بقاء مملوكة مال الوديعة للمودع وانتسابه إليه بعد موته معنى ظاهر مقبول ، وإن أراد بذلك أنه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الثاني فسلم ، لكن المراد هاهنا هو الاعتبار الأول كما لا يخفى ، وأما ثانيا فلا نية على تقدير رفع ماله على أنه فاعل لا يبقى يصير المعنى لا يبقى عين ماله بعد موته ، وليس هذا بمعنى صحيح إذ المال باق بيمينه بعد موته وإنما المتنى بعد موته مملوكة وانتسابه إليه ، وذلك من أوصاف المال وأحواله يفهم من النصب على الحالية ، ولا يفهم من الرفع على الفاعلية ، اللهم إلا أن يدعى أنه يؤخذ من إضافة المال إلى الضمير الراجع إلى المودع لكنه بعيد جدا ، فالظاهر في إفادة المعنى المقصود هو النصب كما لا يخفى ، ثم إن الشارح المعنى قد زاد في الطنبور نغمة حيث قال بعد نقل ما في النهاية وما في العتاية : والصواب هو الرفع على ما قاله الأكل . وقد فاتته شيء آخر ، وهو أن من شرط الحال أن تكون من المشتقات والمحال ليس منها ، إلا أنه يجوز بالتأويل . ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه في أنه نصب على الحال لأنه حال على تأويل مضمولا : أى لا يبقى الميت بعد موته مضمولا

غيره وصلة المودع أمر بالدفع إليه لأنه لا يبقى) أى لأن مال الوديعة لا يبقى (مال المودع بعد موته) وروى صاحب النهاية عن خط شيخه رحمهما الله نصب ماله ووجهه يكونه حالا كما في كلمته فاه إلى في : أى مشافها ، ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوباً إليه وملوكا له وتبعه غيره من الشارحين ، وأرى أنه ضعيف لأن الحال مقيد للعامل ، فكلمته يجوز أن يكون مقيدا بالمشافهة : أى كلمته في حال المشافهة . وأما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مالا وملوكا له منسوباً إليه فليس له معنى ظاهر ، والظاهر في إعرابه الرفع على أنه فاعل لا يبقى : أى لأن المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله إلى الوارث ،

(قوله) وأما قوله لا يبقى إلى قوله والظاهر في إعرابه الرفع) أقول : فيه بحث ، فإن استعذلة المعنى ما لا يمكن إنكاره ، والنفي متوجه إلى القيد على ما هو الأصل ، بل من دفع لاستعانة من ملاحظة ذلك المعنى أيضا لظهور أن المال فيه باق وغير الباقي منسوبة إليه وتلك من أحوال ذلك المال (قوله) لأن المودع الخ) أقول : أو لأن القاتل .

فقد انتفقا على أنه مال الوارث . ولو ادعى أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصده المودع لم يؤمر بالدفع إليه لأنه مادام حيا كان إقرارا بملك الغير لأنه من أهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه . قال (فإن وكل وكيل يقبض ماله قاضي الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه

لكان أوجه اه . أقول : ليس ما زاده بشيء ، أما قوله إن من شرط الحال أن تكون من المشتقات فممنوع ، ألا يرى إلى قول ابن الحاجب . وكل مادل على هيئة صحت أن يقع حالا مثل هذا بسر أطيع منه رطباً . ولئن سلم ذلك بناء على قول جمهور النحاة فجواز كون غير المشتق حالا بالتأويل بالمشتق مما لم ينكره أحد من النحاة ، وقد اعترف به نفسه أيضاً حيث قال : إلا أنه يجوز بالتأويل ، وقد بين صاحب النهاية التأويل هاهنا حيث قال منسوباً إليه مملوكاً له : فبعد ذلك كان القدر فيه باشتراط كون الحال من المشتقات لغوا من الكلام . وأما قوله ولو قال صاحب التباية ومن تبعه في أنه نصب على الحال إنه حال على تأويل متمولاً : أي لا ينفى الميت بعد موته متمولاً لكان أوجه فما لا ينفى أن يتوجه به العاقل لأن الممتول إما هو المالك لا المال قطعاً فكيف يتصور تأويل الحال بما لا يصح حله عليه وجعله صفة له ، بل على تقدير إرجاع ضمير لا ينفى إلى الميت لا ينفى له ارتباط بالتمام كما لا ينفى على ذوى الألفهام (فقد انتفقا) أي مدعى الورثة والمودع . وقال العيني : أي الذي ادعى الوكالة والمودع . أقول : هذا بناء على ضلاله السابق وقد عرفت حاله (على أنه) متعلق بانتفقا : أي فقد انتفقا على أن مال الوديعة (مال الوارث) فلا بد من الدفع إليه قال صاحب التيسيل : أقول فيه إقرار على الغير بالمولد فينبغي أن لا يؤمر بالدفع حتى يثبت موته عند القاضي انتهى فتأمل (ولو ادعى) أي زلوا دعي أحد (أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصده المودع لم يؤمر) أي لم يؤمر المودع (بالدفع إليه) أي إلى مدعي الشراء ، وهذه المسئلة أيضاً ذكرها المصنف تقريباً على مسئلة القنودى ولهذا لم يذكرها في البداية ، وقال في تعليلها (لأنه) أي لأن صاحب الوديعة (مادام حيا كان إقراراً بملك الغير : أي كان إقرار المودع لمدعي الشراء إقراراً بملك الغير وهو صاحب الوديعة (لأنه) أي الحق (من أهله) أي من أهل الملك (فلا يصدقان) أي مدعي الشراء والمودع المصدق إياه (في دعوى البيع عليه) أي على صاحب الوديعة ، قال صاحب التباية : ولقاتل أن يقول : قد تقدم هاتان المسئلتان في فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرهما تكراراً . ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكرهما هناك باعتبار القضاء وهاهنا باعتبار الدعوى ، ولهذا صدرهما هاهنا بقوله ولو ادعى وهناك بقوله ومن أقر ، ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لأن إيرادهما في باب الوكالة بالخصوص والقبض بعيد المناسبة إلى هاهنا كلامه . أقول : تضمينه ساقط لأن ذكر المسئلة المقدمة عليهما وهي مسئلة ادعاء الوكالة يقبض الوديعة اقتضى ذكرهما حقيقتاً ، لأن ذكرهما لما أوقع في ذهن السامع أن الحكم فيها أيضاً كالحكم فيها لم لا ذكرهما المصنف حقيقتاً في بابها على سبيل التفرع عليها لزالة للاشتباه ببيان الفرق بينها وبين إحداها وبيان الاشتراك في الحكم مع الأخرى فكان إيرادهما في هذا الباب قريب المناسبة (قال) أي محمد في بيع الجامع الصغير (فإن وكل وكيل يقبض ماله) أي إن وكل رجل وكيل يقبض ماله له على غريمه (قاضي الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه) أي فإن الغريم

(فقد انتفقا على أنه مال الوارث) فلا بد من الدفع إليه (ولو ادعى أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصده المودع لم يؤمر بالدفع إليه ، لأن المودع مادام حيا كان إقراراً بملك الغير لكونه من أهل الملك فلا يصدقان في دعوى البيع عليه) ولقاتل أن يقول : قد تقدم هاتان المسئلتان في فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرهما تكراراً . ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكرهما هناك باعتبار القضاء ، وهاهنا باعتبار الدعوى ، ولهذا صدرهما هاهنا بقوله ولو ادعى ، وهناك بقوله ومن أقر ، ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لأن إيرادهما في باب الوكالة بالخصوص والقبض بعيد المناسبة . قال (فإن وكل وكيل يقبض دينه) ذكر في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل له على الرجل مال فوكل وكيل بذلك المال وأقام الوكيل البيعة

(قوله فكان ذكرهما تكراراً) أقول : والأول أن يقال ذكرهما استطراداً تقريباً على مسئلة القنودى ولهذا لم يذكرهما في البداية فليشأن (قوله ومن أقر) أقول : أي معناه ..

يدفع المال إليه) لأن الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤثر الحق. قال (ويتبع رب المال فيستحلفه)

(يدفع المال إليه) أي يؤمر بدفع المال إلى الوكيل. قال المصنف في تعليقه (لأن الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه) أي بمجرد دعوى الغريم بلا حجة (فلا يؤثر الحق) أي حق التقيض إلى تحليف رب الدين. قال صاحب النهاية: فإن قيل: بل لا نسلم أن الوكالة قد ثبتت فيأى دليل يعلم ثبوت الوكالة؟ ولوقيل بسبب ادعاء المدين أن صاحب المال قد استوفاه فذلك لا يصلح دليلاً على صحة ثبوت الوكالة، بل هو دليل على عدم صحة الوكالة، لأن الدين إذا كان مستوفى من جانب من له الحق كان التوكيل بالاستيفاء باطلاً لا محالة فكيف ثبتت الوكالة بهذه الدعوى؟ قلنا: لما ادعى الغريم استيفاء رب الدين دينه كان هو معتزلاً بأصل الحق، ألا يرى أن قول المدعى عليه قد قضيتها إقرار بالدين عند دعوى المدعى ذلك، فلما ثبت الدين بإقراره ولم ينكر الوكالة كان للوكيل ولاية الطلب فيقضى عليه بالإيفاء، كما لو ادعى استيفاء رب الدين عند دعواه بنفسه كان يقضى عليه بالإيفاء، فكذلك عند دعوى وكيله لأن الوكيل قائم مقام الموكل اه. أقول: جوابه منطوقه، إذ كلامك في أن ادعاء الغريم استيفاء رب الدين دينه يتضمن الاعتراف بأصل الحق، وإنما الكلام في أن الوكالة بائى دليل ثبت، وبمجرد عدم إنكار الوكالة لا يقتضى الاعتراف بثبوتها، ألا يرى أنه لو سكنت أو تكلم بكلام لا يناسب الحال لا بعد مقرأ الوكالة، فكيف إذا تكلم بما يشعر بإنكار الوكالة، وقد أشار إليه السائل بقوله: بل هو دليل على عدم صحة الوكالة إلى قوله: فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى، فكان الغريم قال أنت لاتصلح للوكالة أصلاً بعد استيفاء صاحب المال حقه فضلاً عن أن تقع وكيلاً عنه تدبر. وقصد صاحب العناية دفع السؤال المزبور بوجه آخر حيث قال في بيان المسئلة: ذكر في إجماع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل له على الرجل مال فوكّل وكيلاً بذلك المال وأقام الوكيل البيّنة عليه وقال الذى عليه المال قد استوفاه صاحبه فإنه يقال له ادفع المال ثم ادفع ربّ المال فاستحلفه. ثم قال في شرح قول المصنف لأن الوكالة قد ثبتت: يعنى بالبيّنة، لأن وضع المسئلة كذلك انتهى. أقول: لنقال أن يقول: لو كان مدار قول المصنف لأن الوكالة قد ثبتت بل مدار نفس جواب هذه المسئلة على اعتبار قيد إقامة الوكيل البيّنة على الوكالة في وضع هذه المسئلة لما وسع للمصنف في بدايته وهدايته ولعامة المشايخ في تصانيفهم المعتبرة ترك ذلك القيد المهم عند تحرير هذه المسئلة، ولا ينبغي أن يدعى كون تركهم إياه بناء على ظهور اعتباره، كيف وقد ذهب اعتبار ذلك على كثير من التفات كصاحب النهاية وصاحب التبيين وغيرهما، حتى ذهبوا إلى توجيه آخر في دفع السؤال المذكور، فلو كان اعتباره من الظهور بحيث يستغنى عن ذكره في عامة الكتب لما خفى على مثل هؤلاء الأجلاء (قال ويتبع) أي يتبع الغريم (رب المال فيستحلفه) أي فيستحلف الغريم ربّ المال على عدم الاستيفاء

عليه وقال الذى عليه المال قد استوفاه صاحبه فإنه يقال له ادفع المال ثم اتبع ربّ المال فاستحلفه. قال المصنف (لأن الوكالة قد ثبتت) يعنى بالبيّنة لأن وضع المسئلة كذلك (والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤثر الحق) إلى تحليف رب الدين (ثم يتبع الغريم ربّ الدين فيستحلفه)

(قوله لأن الوكالة قد ثبتت يعنى بالبيّنة الخ) أقول: مقصوده دفع الاعتراض المذكور في النهاية، ونص عبارته: فإن قيل لا نسلم أن الوكالة قد ثبتت فيأى دليل يعلم ثبوت الوكالة، ولوقيل بسبب ادعاء المدين أن صاحب المال قد استوفاه فذلك لا يصلح دليلاً على صحة ثبوت الوكالة بل هو دليل على عدم صحة الوكالة لأن الدين إذا كان مستوفى من جانب من له الحق كان التوكيل بالاستيفاء باطلاً لا محالة، فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى؟ قلنا: لما ادعى الغريم استيفاء رب الدين دينه كان هو معتزلاً بأصل الحق ألا يرى أن قول المدعى عليه قد قضيتها إقرار بالدين عند دعوى المدعى ذلك، فلما ثبت الدين بإقراره ولم ينكر الوكالة كان للوكيل ولاية الطلب فيقضى عليه بالإيفاء، كما لو ادعى استيفاء رب الدين عند دعواه بنفسه كان يقضى عليه بالإيفاء فكذلك عند دعوى وكيله لأن الوكيل قائم مقام الموكل انتهى. وكذا قرر الزيلعي فيما لصاحب النهاية، لكن الحق ما في شرح الإقتافى والأكل فقلنا عن إجماع الصغير أن المراد تثبت بالبيّنة، ثم لا يخفى عليك أن جواب صاحب النهاية لا يتخلو عن محم.

رعاية لجانيه ، ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب . قال (وإن وكله بعيب في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري) بخلاف مسألة الدين لأن التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله ، وهاهنا غير ممكن لأن القضاء بالنسخ ماض على الصحة وإن ظهر الخطأ عند أبي حنيفة رحمه الله كما هو مذهبه ، ولا يستحلف المشتري عنه بعد ذلك لأنه لا ينفذ ،

(رعاية لجانيه) أى جانب الغريم ، فإن حلف مضى الأداء ، وإن نكل يتبع الغريم القابض فيسترد ما قبضه (ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب) والنيابة : لاجتمعي في الأيمان . وقال زفر رحمه الله : أحلفه على العلم ، فإن نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لأن الوكيل لو أقر بذلك بطلت وكالته فجاز أن يحلف عليه . والجواب أن الغريم يدعى حقا على الموكل لاعل الوكيل . فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لاجتمعي في الأيمان ، بخلاف الوارث حيث يحلف على أنه لا يعلم استيفاء مورثه لأن الحق ثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالأصالة ، وكذا في الشروح أخذنا من الإيضاح (قال) أى محمد في بيع الجماع الصغير (وإن وكله بعيب في جارية) أى إن وكله برد جارية بسبب عيب (فادعى البائع رضا المشتري) أى رضاه بالعيب (لم يرد عليه) أى لم يرد (الوكيل على البائع (حتى يحلف المشتري) يعنى لا يقضى القاضي بالرد عليه حتى يحضر المشتري ويحلف على أنه لم يرض بالعيب (بخلاف ما مر من مسألة الدين) حيث يؤمر الغريم بدفع الدين إلى الوكيل قبل تحليف رب الدين . قال جماعة من الشراح حيث يؤمر بدفع الدين إلى الوكيل بدون تحليف الوكيل . أقول : ليس هذا بمعنى المقام قطعاً ، إذ لا مدخل لعدم تحليف الوكيل في الفرق بين المستلطين ، فإن الوكيل لا يحلف في شيء منهما أصلاً . ثم أعلم أنه ذكر في الميسر الفرق بين مسألة الدين ومسألة العيب من وجهين : أحدهما أن في الدين حق الطالب ثابت يمين ، إذ ليس في دعوى الاستيفاء والإبراء ما ينال ثبوت أصل حقه ، لكنه يدعى الاستيفاء بعد تقرير السبب الموجب فلا يمنع على الوكيل الاستيفاء ما لم يثبت المسقط . وأما في العيب فإن علم المشتري بالعيب وقت العقد يمنع ثبوت حقه في الرد أصلاً ، فالبائع لا يدهى مسقطاً بل يزعم أن حقه في الرد لم يثبت أصلاً ، فلا بد من أن يحضر الموكل ويحلف ليتمكن من الرد عليه . والثاني أن الرد بالعيب بقضاء القاضي فسخ للقعد ، والعقد إذا انفسخ لا يعود ، فلو أثبتنا له حق الرد فقرر به الخصم في انفساخ حقه عليه ، وأما قضاء الدين فليس فيه فسخ حقه ، فإذا حضر الموكل فأنى أن يحلف يتوصل المطلوب إلى قضاء حقه فلهذا أمر بقضاء الدين ، وهذا الوجه الثاني من الفرق هو الذي أرادته المصنف بقوله (لأن التدارك ممكن هناك) أى في مسألة الدين (باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله) أى نكول الموكل عن اليمين ، إذ القضاء لم ينفذ باطلاً لأنه ماقضى إلا بمجرد التسليم فكان كالتقضاء بالأحكام المرسلة ، وكذا في الكافي والكفاية (وهاهنا) أى في مسألة الرد بالعيب ، وفي بعض النسخ : وفي الثانية أى وفي المسئلة الثانية وهي مسألة الرد بالعيب (غير ممكن) أى التدارك غير ممكن (لأن القضاء بالنسخ ماض على الصحة وإن ظهر الخطأ عند أبي حنيفة كما هو مذهبه لأن القضاء في العقود والنسخ ينفذ ظاهراً وباطناً عنده كما مر في كتاب القضاء ، وفي كتاب النكاح أيضاً) ولا يستحلف المشتري عنه بعد ذلك) أى بعد أن مضى القضاء بالنسخ على الصحة (لأنه) أى لأن الاستحلاف (لا ينفذ) فإنه لما مضى الفسخ ولا يرد بالنكول

رعاية لجانيه) فإن حلف مضى الأداء ، وإن نكل يتبع القابض فيسترد ما قبض (ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب) والنيابة لاجتمعي في الأيمان ، وقال زفر رحمه الله : أحلفه على العلم ، فإن نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته ، لأن الوكيل لو أقر بذلك بطلت وكالته فجاز أن يحلف عليه . والجواب أن الغريم يدعى حقا على الموكل لاعل الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لاجتمعي في الأيمان ، بخلاف الوارث يحلف أن لا يعلم استيفاء مورثه لأن الحق ثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالأصالة . قال (وإن وكله بعيب في جارية الخ) إذا وكل برد جارية بعيب فادعى البائع رضا المشتري بالعيب لم يرد عليه حتى

(قال المصنف : ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب) أقول : ذكر في الشروح أن الوكيل لا يستحلف على العلم (قوله لأن الوكيل لو أقر بذلك) أقول : يعنى لو أقر بالاستيفاء .

وأما عندهما قالوا : يجب أن يتحدد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر ، لأن التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء .

لم يبق في الاستحالات فائدة قطعا ، قال صاحب معراج الدراية في تفسير قول المصنف بعد ذلك : أي بعد نكول الموكل ، وتبعه الشارح المعنى : أقول : هذا تفسير فاسد ، إذ يصير معنى المقام حيثكذ ولا يستحلف المشتري عنده بعد نكول المشتري ، وهذا من قبيل اللغو من الكلام كما لا يخفى على القطن . وفي النخبة : وإن لم يكن للبائع بينة على رضا الأمر بالعيب ورد الوكيل بإجارية على البائع بالعيب ثم حضر الأمر وادعى الرضا وأراد أخذ الإجارية فأبى البائع أن يدفعها وقال نقض القاضي البيع فلا سبيل لك ، فإن القاضي لا يلتفت إلى قول البائع ويرد الإجارية على الأمر ، لأن الأمر مع البائع تصادقا على أن الإجارية ملك الأمر لأن البائع ادعى رضا الأمر بالعيب وتزوم الإجارية إياه وصدقه الأمر في ذلك فاستند التصديق إلى وقت الإقرار ، وبثبت بهذا التصديق أن القاضي أخطأ في قضائه بالرد وأن قضاءه بالرد نقل ظاهرا لا باطنا فثبت الإجارية على حكم ملك الأمر في الباطن فكان للأمر أن يأخذها . بعض مشايخنا قالوا : هذا على قول محمد ، وأما على قول أبي حنيفة لاسبيل للأمر على الإجارية ، وبعضهم قالوا : هذا قول الكل وهو الأصح . وجهه أن نقض القاضي هاهنا البيع لم يكن بناء على دليل موجب للنقض ، وإنما كان لجهله بالدليل المسقط للرد وهو رضا الأمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه ، وفي مثل هذا لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى في حادثة بجأتهه وثمة نص بخلافه انتهى .. وهكذا ذكر في المبسوط وشروح الجامع الصغير أيضا ، ونقل في النهاية ومعراج الدراية عن تلك الكتب ، ثم إن صاحب العناية ذكر ذلك هاهنا على وجه الاعتراض والجواب حيث قال : واعترض بأن الوكيل إذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضا بالعيب واسترد الإجارية وقال البائع لاسبيل لك عليها لأن القاضي نقض البيع فإنه لا يلتفت إلى قول البائع ، ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم ترد الإجارية على المشتري . وأجيب بأن الرد ملهوب محمد ، فأما على قول أبي حنيفة فلا سبيل للأمر على الإجارية . سلمنا أن هذا قول الكل ، لكن النقض هاهنا لم يوجب دليل ، وإنما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضا الأمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه في الأخيرة على وجود الرضا من المشتري ، وفي مثله لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى بجأتهه في حادثة وثمة نص بخلافه ، وقالوا : هذا أصح انتهى كلامه . أقول : فيه بحث ، لأن ما ذكره في الجواب بعد التسليم لا يدفع الاعتراض بل يقويه لأنه إذا جاز نقض القضاء هاهنا عند أبي حنيفة أيضا بأي سبب كان تبين أن القضاء بالفسخ هاهنا لم يكن ماضيا على الصحة عنده أيضا فلا يلزم الدليل المذكور للفرق بين المسئلتين فتأمل (وأما عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (قالوا) أي المشايخ (يجب أن يتحدد الجواب على هذا) أي على الأصل المذكور في الفصلين (أي في فصل الدين وفي فصل الرد) بالعيب (ولا يؤخر) أي لا يؤخر القضاء بالرد إلى تحليف المشتري كما لا يؤخر القضاء بدفع الدين إلى تحليف رب الدين (لأن التدارك ممكن) أي في الفصلين معا (عندهما لبطلان القضاء) يعني أن عدم التأخير إلى تحليف رب الدين في فصل الدين إنما كان لأن التدارك ممكن عند ظهور الخطأ في القضاء باسترداد ما قبضه الوكيل ،

يخلف المشتري ، بخلاف ما مر من مسألة الدين لأن التدارك فيها ممكن باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكول الموكل . وأما هاهنا فغير ممكن لأن العقد يتفسخ بالقضاء ، والقضاء بالفسخ ماض على الصحة عند أبي حنيفة لأن القضاء في العقود والفسخ ينفذ ظاهرا وباطنا وإن ظهر الخطأ بالنكول ، وعلى هذا لا يخاف المشتري عنده بعد ذلك لأنه لما مضى الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق في الاستحالات فائدة . واعترض بأن الوكيل إذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضا بالعيب واسترد الإجارية وقال البائع لاسبيل لك عليها لأن القاضي نقض البيع فإنه لا يلتفت إلى قول البائع ، ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم ترد الإجارية على المشتري . وأجيب بأن الرد ملهوب محمد ، فأما على قول أبي حنيفة فلا سبيل للأمر على الإجارية . سلمنا أن هذا قول الكل ، لكن النقض هاهنا لم يوجب دليل ، وإنما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضا الأمر بالعيب ثم

(قوله واعترض بأن الوكيل إذا ردها الخ) أقول : يقضاه القاضي على خلاف قول أبي حنيفة .

وقيل الأصح عند أبي يوسف رحمه الله أن يؤخر في الفصلين لأنه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر. قال (ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم ينفقها على أهله فأنتفح عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لأن الوكيل بالإتفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قرناه فهذا كذلك .

وهذا المعنى موجود في فصل الرد بالعيب أيضا لأن قضاء القاضى في مثل ذلك عندهما إنما ينفذ ظاهرا لا باطنا ، فإذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشتري ردت الجارية عليه فلا يؤخر إلى التحليف (وقيل الأصح عند أبي يوسف أن يؤخر) أى القضاء (في الفصلين لأنه) أى لأن أبا يوسف (يعتبر النظر) أى النظر للبائع ، وكذا في الشروح . أقول : الأولى أن يقال : أى النظر الخصم ليكون أنسب بالتعميم للفصلين كما سيكشف لك (حتى يستحلف) أى أبو يوسف (المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع) يعنى أن من مذهب أبي يوسف أن القاضى لا يرد المبيع على البائع إذا كان المشتري حاضرا وأراد الرد مالم يستحلف باله مريضيت بهذا العيب وإن لم يدع البائع ، فإذا كان المشتري أو رب الدين غالبا فأولى أن لا يرد عليه مالم يستحلف صيانة لقضائه عن البطالان ونظرا للبائع والمدينون (فينتظر للنظر) أى فينتظر في الفصلين نظرا للبائع والمدينون . قال في النهاية فينتظر للنظر : أى البائع ، فعلى هذا يعنى أن ينتظر في الدين نظرا للغيرم انتهى . وقال في حاشية البيان : فعلى هذا ينتظر عنده في الدين أيضا نظرا للغيرم ، وهذا معنى قوله فينتظر للنظر انتهى . وقال في العناية : لأنه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشتري إن كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر له إن كان غالبا انتهى . أقول : لا يفتى ما في كل واحد منها من تخصيص معنى نفس الكلام بصورة من الفصلين من غير ضرورة داعية إليه ، فالوجه ما قرناه فبصرف (قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم ينفقها على أهله) أى لينفقها عليهم (فأنتفح عليهم عشرة من عنده) أى من مال نفسه فالعشرة بالعشرة) أى فالعشرة التى أنفقها الوكيل من مال نفسه بمقابلة العشرة التى أخذها من الموكل : يعنى لا يكون الوكيل متبرعا فيها أنتفح بل ما أخذه من الموكل يصير ملكا له . قال الإمام القزوينى : هذا إذا كانت عشرة الدفع قائمة وقت شرائه النفقة وكان يضيف العقد إليها ، أو كان مطلقا لكن بنوى تلك العشرة ، أما إذا كانت عشرة الدافع مستهلكة أو كان يشتري النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد إليها يصير متبرعا لنفسه ويكون متبرعا بالإتفاق ، لأن الدراهم تتعين في الوكالة ، وكذا لو أضاف العقد إلى غيرها ، وكذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية . وقال في الكفاية بعد ذلك : وقيل لانتين عند العامة لكن تتعلق الوكالة بقاتها ، بخلاف المضاربة والشركة حيث تتعين اتفاقا فيهما . قال المصنف في تعليل ما في الكتاب (لأن الوكيل بالإتفاق وكيل بالشراء ، والحكم فيه) أى في الوكيل بالشراء (ما ذكرناه) من رجوع الوكيل على الموكل بما أدى من الثمن (وقد قرناه) يعنى في باب الوكالة بالمبيع والشراء عند قوله وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لأنه انعمت بينهما مبادلة حكيمة (فهذا) أى ما نحن فيه من التوكيل بالإتفاق (كذلك) لأن الوكيل بالإتفاق على الأهل قد يضطر إلى

ظهر الدليل بخلافه يتصادقهما في الآخرة على وجود الرضا من المشتري ، وفي مثله لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى بأجبهاده في حادثة وثمة نص بخلافه ، قالوا هذا أصح ، فأما عندهما فقد قالوا يجب أن يتحدا إيجاب على هذا : أى على هذا الأصل المذكور في الفصلين فصل الجارية والدين فيدفع الدين كما تقدم وترد الجارية ، ولا يؤخر إلى تحليف المشتري لأن عدم التأخير إلى تحليف رب الدين إنما كان لكون التدارك ممكنا عند ظهور الخطأ وذلك موجود في صورة الجارية لأن قضاء القاضى في مثل ذلك نافذ ظاهرا لا باطنا ، فإذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري فلا يؤخر إلى التحليف . وقيل الأصح عند أبي يوسف أن يؤخر في الفصلين لأنه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشتري إن كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر له إن كان غالبا . قال (ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم ينفقها الخ) ومن دفع إلى آخر عشرة دراهم ينفقها

(قوله وقالوا هذا أصح) أقول : أى كونه قول الكل أصح (قوله في الفصلين الخ) أقول : قوله في الفصلين . يتعلق بقوله يتحد في قوله يجب أن يتحد إيجاب الخ .

وقيل هذا استحسان . وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا . وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لأنه ليس بشراء ، فأما الإنفاق يتضمن الشراء فلا يخلطانه ، والله أعلم بالصواب .

شراء شيء يصلح لتفقيته ولا يكون مال الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج إلى أن يؤدى عنه من مال نفسه فكان في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال . وأعلم أن محمداً لم يذكر في الأصل مسألة الإنفاق ، بل ذكر فيه مسألة قضاء الدين فقال : وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم فقال ادفعها إلى فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيرها واحتبس الألف عنده كان القياس أن يدفع العني حيسباً إلى الموكل ويكون متطوعاً في العني دفع ، ولكن أدع القياس في ذلك وأستحسن أن أجيزه ، إلى هنا لفظ الأصل . وإنما ذكر مسألة الإنفاق في الجامع الصغير ولكن لم يذكر القياس والاستحسان فيه فقالوا في شروحه : هذا الذي ذكره استحسان ، والقياس أن يردعها على الموكل إن كانت قائمة ويضمن إن كان استهلكها ، وهو قول زفر ، وهذا معنى قول المصنف (وقيل هذا استحسان . وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعاً) أي ليس الوكيل لإنفاق عشرة نفسه بمقابلة عشرة الموكل ، بل إذا أنفق عشرة نفسه يصير متبرعاً فيها أنفق ويرد الدرهم المأخوذة من الموكل عليه ، وإن استهلكها ضمن . وجه القياس أن الدرهم تتعين في الوكالات حتى لو هلك قبل الإنفاق بطلت الوكالة ، فإذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمر الموكل يصير متبرعاً . وأما وجه الاستحسان فما ذكره المصنف فيها مرآفاً بقوله لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء البع ، وقالوا في شروح الجامع الصغير أيضاً : من المشايخ من قال : ليس في قضاء الدين معنى الشراء فورد فيه القياس والاستحسان اللذان ذكرهما محمد في الأصل . أما الإنفاق فيه شراء فلم يختلف فيه وجه القياس والاستحسان ، بل صح ذلك قياساً واستحساناً حتى رجع الوكيل على الموكل بما أنفق قياساً واستحساناً ، وهذا معنى قول المصنف (وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لأنه ليس بشراء) هذا وجه القياس : يعني لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الأمر راضياً بثبوت الدين وضمنه الوكيل فلم يجعله متبرعاً بالأثر منه ديناً لم يرض به فجعلناه متبرعاً قياساً . وجه الاستحسان ما ذكره شيخ الإسلام علاء الدين الإسيباني في شرح الكافي للحاكم للشهد بقوله : لأن المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء ما في ذمة الأمر بالدرهم ، والوكيل بالشراء إذا اشترى وتقدّم الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له (فأما الإنفاق) فإنه (يتضمن الشراء) لأن الأمر بالإنفاق أمر بشراء الطعام ، والشراء لا يتعلق بيمين الدرهم المدفوعة بل بمثلها في الذمة ، ثم ثبت له حق الرجوع على الأمر فكان راضياً بثبوت الدين فلم يجعل متبرعاً قياساً أيضاً (فلا يخلطانه ، والله أعلم) أي فلا يدخل القياس والاستحسان في الإنفاق ، بل يكون فيه حكم القياس كحكم الاستحسان في أن الوكيل لا يكون متبرعاً بالإنفاق من مال نفسه .

على أهله فأنتف عليهم عشرة من ماله فبالعشرة الذي أنفق من ماله بمقابلة العشرة الذي أخذه من الموكل لا يكون متبرعاً فيها أنفق . قيل : هذا استحسان . ووجهه أن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء ، والحكم فيه ما ذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما أدى من الثمن ، وقد قررناه : يعني في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لأنه التملك بينهما مبادلة حكمية ، وهذا أي ما نحن فيه من التوكيل بالإنفاق كذلك ، لأن الوكيل بشراء ما يحتاج إليه الأهل قد يضطر إلى شراء شيء يصلح لتفقيته ولم يكن مال المتوكل معه في تلك الحالة فيحتاج إلى أن يؤدى عنه من مال نفسه ، فكان في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال ، وفي القياس ليس له ذلك ، ويصير متبرعاً فيها أنفق ويرد الدرهم المأخوذة من الموكل عليه ، وإن استهلكها ضمن لأن الدرهم تتعين في الوكالات ، حتى لو هلك قبل الإنفاق بطلت

(قوله فالعشرة الذي أنفق الخ) أقول : والأول أن يقال : فالعشرة التي أخضاها من الموكل بمقابلة العشرة التي أنفقها من ماله كما يظهر بالتأمل . قال الإقفاني : أي تكون العشرة التي حيسبها عند العشرة التي أنفقها من خالص ماله انتهى ، وهذا أول أيضاً ما ذكره الأكل فتأمل ليعلم وجه الأولوية (قوله فكان في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال) أقول : يعني التجويز دلالة (قوله وفي القياس ليس له ذلك الخ) أقول : هذا القياس يجري ظاهراً في التوكيل بالشراء .

(باب عزل الوكيل)

قال (وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة) لأن الوكالة حقه فله أن يعطله ، إلا إذا تعلق به حق الغير بأن كان وكيلاً بالخصوصة يطلب من جهة الطالب لما فيه من إبطال حق الغير ،

(باب عزل الوكيل)

آخر باب العزل ، إذ العزل يقتضى سبق الثبوت فناسب ذكره آخر (قال) أى القنودى فى مختصره (وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة لأن الوكالة حقه) أى حق الموكل (فله أن يعطله) أى فالموكل الذى هو صاحب الحق أن يعطل حقه (إلا إذا تعلق به) أى بالوكالة ذكر الضمير بتأويل كونها حقاً (حق الغير) فحينئذ ليس له أن يعزله بغير رضا ذلك الغير ، وذلك بأن كان وكيلاً بالخصوصة يطلب من جهة الطالب (أى بالتأمس من جهة المدعى) لما فيه (أى لما فى العزل فى هذه الصورة) من إبطال حق الغير) وهوان يحضره مجلس الحكم وعناصمه ويثبت حقه عليه ، وإبطال حق الغير لا يجوز ، قيد بالطلب لأنه لو لم يكن وكيلاً بالطلب يملك الموكل عزله ، سواء كان انحصار حاضراً أو غائباً ، وقيد بكون الطلب من جهة الطالب لأنه لو كان من جهة المطلوب : أى المدعى عليه ووكل الطالب فله عزله سواء كان المطلوب حاضراً أو غائباً . ثم إن عدم صحة العزل إذا كان

الوكالة ، فإذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمره فيكون متبرعاً . وقيل : القياس والاستحسان فى قضاء الدين ، وهو أن يدفع المدينون إلى رجل ألفاً ويؤكله بقضاء دينه بها يدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء عنه فإنه فى القياس متبرع ، حتى إذا أراد المأمور أن يحبس الألف التى دفعت إليه لا يكون له ذلك . وفى الاستحسان له ذلك وليس بمتبرع ، وذلك لأن قضاء الدين ليس بشراء فلا يكون الأمر راضياً بثبوت الدين فى ذمته للوكيل ، فلو لم يجعل متبرعاً لأنزمناه ديناً لم يرض به فجعلناه متبرعاً قياساً . فأما الإنفاق فيعوض الشراء لأنه أمر بالإتفاق وهو أمر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدرهم المدفوعة إليه بل بمثلها فى الذمة ، ثم ثبت له حق الرجوع على الأمر فكان راضياً بثبوت الدين فلم يجعل متبرعاً قياساً أيضاً ، والله أعلم .

(باب عزل الوكيل)

وجه تأخير باب العزل ظاهر لا يحتاج إلى بيان . واعلم أن الوكيل إن كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب أو لا ، لأن الطالب بالعزل يعطل حقه وهو لا يتوقف حل حضور غيره وهو المذكور أولاً وإن كان للمطلوب ، فإن لم يكن يطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه مثل القاضى فكل ذلك . وإن كان ، فأما إن علم الوكيل بالوكالة أولاً ، فإن لم يعلم فكل ذلك لأنه لا نفاذ الوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعاً ولهذا لم يذكره المصنف ، وإن علم ولم يردها لم يصح فى غيبة الطالب لأن بالتوكيل ثبت له حق إحضاره فى مجلس الحكم وإلزام الحق عليه ، وبالعزل حال غيبته يعطل ذلك وهو المذكور فى الكتاب مستثنى ،

(قوله وفى الاستحسان له ذلك) أقول : وجه الاستحسان أن المأمور بقضاء الدين مأمور بغير أمره ما فى ذمة الأمر بالدرهم ، والوكيل بالشراء إذا اشترى ولقد اتفق من عنه نفسه علم المتعوض له : يعنى من الدرهم كذا ذكره الإقناتى نقلاً من شرح الاميجيا لكانى لقاحكم التشبيه (قوله وذلك لأن قضاء الدين) أقول : أى كوله متبرعاً فى القياس .

(باب عزل الوكيل)

(قوله وهو المذكور أولاً) أقول : فيه بحث ، فإن المذكور أولاً به ، وعزل الوكيل بالبيع والشراء مثلاً لمعوم كلام القنودى ، وجوابه أن النص واضح : أى لا عزل وكيل المطلوب (قوله وإن كان للمطلوب فإن لم يكن الخ) أقول : قال الأزهري فى تلميح صحة عزله لعدم تعلق حقه بالوكالة إذ هو لم يطلب (قوله فكان العزل امتناعاً) أقول : أى فكان العزل الغلط امتناعاً حقيقة لا حلاً .

وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن .

يطلب من جهة الطالب فيها إذا كان العزل عند غيبة الطالب . وأما إذا كان عند حضوره فيصبح العزل سواء رضى به الطالب أولا ، وهذه القيود مستفادة من صريح ما ذكره في الذخيرة : فإنه قال فيها : وإذا عزل الوكيل حال غيبة الخصم فهو على وجهين : الأول أن يكون الوكيل وكيل الطالب . وفي هذا الوجه العزل صحيح وإن كان المطلوب غالبا لأن الطالب بالعزل ييطل حق نفسه ، لأن خصومة الوكيل حق الطالب وإبطال الإنسان حق نفسه صحيح من غير أن يتوقف على حضرة غيره . والوجه الثاني أن يكون الوكيل وكيل المطلوب . وأنه على وجهين أيضا : الأول أن يكون الوكيل من غير التماس أحد ، وفي هذا الوجه العزل صحيح وإن كان الطالب غالبا . والوجه الثاني إذا كان التوكيل بالتامس أحد ، إما الطالب وإما القاضي . وفي هذا الوجه إن كان الوكيل غالبا وقت التوكيل ولم يعلم بالتوكيل صح عزله على كل حال ، لأن هذه الوكالة غير نافذة لأنه لا نفاذ لها قبل علم الوكيل فكان العزل رجوعا وامتناعا فيصح ، وهذا على الرواية التي شرطت علم الوكيل لتصورته وكبلا . وإن كان الوكيل حاضرا وقت التوكيل أو كان غالبا ولكن قد علم بالوكالة ولم يرد لها فإن كانت الوكالة بالتامس الطالب لا يصبح عزله حال غيبة الطالب ويصح حال حضرته رضى به الطالب أو بسخط ، لأن بالتوكيل ثبت نوع حق للطالب قبل الوكيل وهو حق أن يحضره مجلس الحكم فيخاصمه ويثبت حقه عليه . وبالعزل حال غيبة الطالب لو صح العزل ييطل هذا الحق أصلا لأنه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل والمطلوب ربما يتيب قبل أن يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه أيضا فييطل حقه أصلا . وأما إذا كان الطالب حاضرا فحقه لا ييطل أصلا لأنه إن كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع المطلوب ويمكنه أن يطالب من المطلوب أن ينصب وكبلا أتمر إلى هنا لفظ الذخيرة ، قال صاحب النونية في شرح هذا المقام : وأعلم أن الوكيل إن كان الطالب فعزله صحيح حضر الطالب أو لا لأن الطالب بالعزل ييطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور أولا . وإن كان للمطلوب ، فإن لم يكن يطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه مثل القاضي فكذا ، وإن كان فاما إن علم الوكيل بالوكالة أولا ، فإن لم يعلم فكذا لأنه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف ، وإن علم ولم يرد لها فيصح في غيبة الطالب لأن بالتوكيل ثبت له حق إحضاره في مجلس الحكم وإثبات الحق عليه ، وبالعزل حال غيبته ييطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى ، وصح بحضرته لأن الحق لا ييطل ، لأنه إن كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل أتمر منه ، ولم يذكرها المصنف لأن دليله يلوح إليه لأنه قال لما فيه من إبطال حق الغير وهاهنا لا إبطال كما ذكرناه اه كلامه . واعترض بعض الفضلاء على قوله وهو المذكور أولا ، وأجاب حيث قال : فيه بحث ، فإن المذكور أولا بعمه ، وعزل الوكيل بالبيع والشراء مثلا لمعوم كلام القدرى : وجوابه أن القصر إضافي : أي لا عزل وكيل المطلوب اه . أقول : جوابه ليس بتام فإن المذكور أولا وهو قوله وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة يتم عزل وكيل المطلوب أيضا سيما الذي لم يكن يطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه فلا يتم التوجيه بعمل القصر على الإضافي بمعنى لا عزل وكيل المطلوب ، ثم أقول : الحق الصريح أن كلام القدرى الذي ذكره المصنف هاهنا أولا ، وهو قوله وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة يتم جميع الصور التي ذكرها صاحب النونية بطريق التقسيم والتفصيل ، وقد استثنى المصنف من ذلك صورة واحدة وهي عزل من كان وكيلًا للمطلوب يطلب من جهة الطالب فيتي ما عداها من الصور تحت عموم المستثنى من بلا ريب ، ويمشي في ذلك كله التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لأن الوكالة حقه لله أن ييطله ، فازعمه الشارح المذكور من كون المذكور أولا مقصورا على صورة عزل وكيل الطالب ، وكون بعض صور عزل الوكيل المطلوب غير مذكور في الكتاب أصلا سهو يبين (وصار) أي صار التوكيل الذي كان يطلب من جهة الطالب (كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن) أي كالوكالة المشروطة في عقد الرهن بأن وضع

وصح بحضرته لأن الحق لا ييطل ، لأنه إن كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ، ولم يذكرها المصنف لأن دليله يلوح إليه لأنه قال لما فيه من إبطال حق الغير وهاهنا لا إبطال كما ذكرناه (قوله فصار) أي فصار التوكيل من جهة المطلوب إذا كان يطلب من جهة الطالب (كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن) بأن وضع الرهن على

(قوله بأن وضع الرهن الخ) أقول : تفسير لمام بالخامس ، فإنه إذا وكل المرتهن ببيع المال فكذلك يصح بيع التعليل في الرهن .

قال (فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم) لأن في العزل إضراراً به من حيث لإبطال ولايته أو من حيث رجوع الحقوق إليه فيفتد من مال الموكل ويسلم المبيع

الرهن على يدى عدل ، وشرط في الرهن أن يكون العدل أو المرتين مسلطاً على بيع الرهن عند حاول الدين . فإنه إذا أراد الرهن أن يعزل الوكيل عن الوكالة بالمبيع ليس له ذلك ، لأن البيع صار حقاً للمرتين . وبالعزل يبطل هذا الحق كما يأتي تفصيله في كتاب الرهن ، وكذا إذا تعلق حق الوكيل بعين من أعيان الموكل لا يملك إخراجها عن الوكالة نحو أن أمره أن يبيع ويستوفى الدين من ثمنه ، كذا في النهاية نقلاً عن اللخيرية . قيل : من أين وقع الفرق بين الوكيل في الخصومة يطلب من جهة الطالب وبين الوكيل الذي تثبت وكالته في ضمن عقد الرهن حيث يملك الموكل في الأول عزل الوكيل حال خصومة الخصم وإن لم يرض به الخصم ولا يملك في الثاني عزله حال خصومة المرتين إذا لم يرض به المرتين مع أنه في كل منهما تعلق حق الغير بوكالة الوكيل . ومع وجود هذه المفارقة كيف شبه هذا بذلك ؟ وأجيب بأن الفرق بينهما من حيث أن العزل لو صح فيما نحن فيه حال خصومة الطالب لم يبطل حق الطالب أصلاً لأنه يمكنه أن يخاضع المطلوب . وأما في مسألة الرهن . فلو صح العزل حال خصومة المرتين بطل حقه في البيع إذ لا يمكنه أن يطالب الرهن بالمبيع . وأما وجه التشبيه فهو تعلق حق الغير بوكالة الوكيل وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل في غيبته (قال) أي القصورى في مختصره (فإن لم يبلغه العزل) أي فإن لم يبلغ الوكيل خبر عزل الموكل لإياه (فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم) أي حتى يعلم الوكيل عزله ، وهذا عندنا وبه قال الشافعي في قول ومالك في رواية وأحمد في رواية . وقال الشافعي في الأصح : ينزل ، وبه قال مالك في رواية وأحمد في رواية ، لأن نفوذ الوكالة لمخلو الموكل له فهو بالعزل يسقط حق نفسه ، والمرء ينفرد بإسقاط حق نفسه ، ألا يرى أنه يطلق زوجته ويعتق عبده بغير علم منهما ، ولأن الوكالة للموكل لا عليه ، فلو لم ينفرد الموكل قبل علم الوكيل به كان ذلك عليه من وجه ، وذلك لا يجوز . ولكننا نقول : العزل خطاب مازم للوكيل بأن ينتج من التصرف ، وحكم الخطاب لا يثبت في حق مخاطب ما لم يعلم به كخطاب الشرع ، فإن أهل قباء كانوا يصلون إلى بيت المقدس بعد الأمر بالتوجه إلى الكعبة ، وجوز لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لم يعلموا ، وكذلك كثير من الصحابة رضي الله عنهم شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم بذلك ، وفيه نزل قوله تعالى - ليس جلي الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا - وهذا لأن الخطاب مقصود للعمل ، ولا يتمكن من العمل ما لم يعلم به ، ثم إن الفقه فيما نحن فيه ما ذكره المصنف بقوله (لأن في العزل) أي في عزل الوكيل من غير علمه (إضراراً به) أي بالوكيل من وجهين : أحدهما أشار إليه بقوله (من حيث إبطال ولايته) فإن في إبطال ولايته تكديماً له لأن الوكيل يتصرف لموكله على ادعاء أن له ولاية ذلك بالوكالة ، وفي عزله من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته بالعزل ، وتكذيب الإنسان فيما يقول ضرر عليه لأعماله . والثاني ما أشار إليه بقوله (أو من حيث رجوع الحقوق إليه) أي إلى الوكيل فإنه يتصرف فيها بناء على رجوعها إليه (فيفتد من مال الموكل) إن كان وكيلاً بالشراء (ويسلم المبيع) إن كان وكيلاً بالمبيع ، فلو كان مغزولاً قبل العلم كان التصرف

يدى عدل وشرط في الرهن أن يكون العدل مسلطاً على البيع ثم أراد الرهن أن يعزل الموكل عن البيع ليس له ذلك لأن البيع صار حقاً للمرتين وبالعزل يبطل هذا الحق . فإن قيل : عزل الرهن العدل عن البيع لا يصح وإن كان بمحضرة المرتين ما لم يرض به ، بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فإنه صحيح إذا كان بمحضرة الطالب رضى به أو لا ، ولو كانتا متشابهتين لما وقعت بينهما هذه التفرقة . أجيب بأن مدار جواز العزل وعدمه على بطلان الحق وعدمه فإذا بطل الحق بطل العزل ، وفي الوكيل بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بمحضرة لما تقدم فكان جائزاً ، وأما في مسألة الرهن فلو صح العزل بمحضرة المرتين بطل حقه في البيع أصلاً إذ لا يمكن أن يطالب الرهن بالمبيع . قال (فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته الخ) إذا عزل الوكيل ولم يبلغه عزله فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لأن في عزله إضراراً به من وجهين : أحدهما من حيث بطلان ولايته لأن الوكيل يتصرف على

(قوله ثم أراد الرهن الخ) أقول : الظاهر أن يقول بدل قوله ثم أراد فإنه إذا أراد (قوله ليس له ذلك) أقول : استئناف بياني .

فيضمنه فيتضرر به ، ويستوى الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الأول ، وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في الخبر فلا تعيده . قال (وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا)

واقعا (فيضمنه) أى فيضمن ما تقدمه وما سلمه (فيتضرر به) والضرر مدفوع شرعا . ثم إن الوجه الأول غام " يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء وغير ذلك . وأما الوجه الثاني فيختص بالتصرفات التى ترجع فيها الحقوق إلى الوكيل دون الموكل كالبيع والشراء ونحوهما . ومن هذا قال المصنف (ويستوى الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الأول) يعنى أن الوكيل بالنكاح وغيره سيان في الحكم المذكور وهو عدم انزعال الوكيل قبل العلم بالعزل نظرا إلى الوجه الأول . وفى الذخيرة : وكذلك الوكيل إذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى . وهكذا ذكر في سائر معتبرات الفتاوى . قال في المحيط البرهانى : وإذا جحد الموكل الوكالة وقال لم أوكله لم يكن ذلك عزلا ، هكذا ذكر في الأجتناس في مسائل البيوع ، وفى مسائل القصب من الأجتناس أيضا : إذا قال اشهدوا أنى لم أوكل فلانا فهذا كلب وهو وكيل لا ينزل ، وبعبس مشايخنا ذكروا في شروطهم أن وجود الموكل الوكالة عزل للوكيل . وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الشركة أن وجود ماعدا النكاح فسخ له انتهى . وهكذا ذكر في الذخيرة أيضا . قال المصنف (وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في الخبر) أشار به إلى ما ذكره في فصل القضاء بالموارث من كتاب أدب القاضى بقوله ولا يكون التمسى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل الخ (فلا تعيده) لعدم الاحتياج إلى الإعادة . اعلم أن الوكالة تثبت بغير الواحد حرا كان أو عبدا عدلا كان أو فاسقا ، رجلا كان أو امرأة ، صبيبا كان أو بالغا ، وكذلك العزل عندهما ، وعند أى حنيفة لا يثبت العزل إلا بغير الواحد العدل أو بغير الاثنين إذا لم يكونا عدلين . ثم إن هذا الاختلاف فيما إذا لم يكن الخبر على وجه الرسالة . وأما إذا كان على وجهها فيثبت به العزل بالاتفاق ، كالنا من كان الرسول ، عدلا كان أو غير عدل ، حرا كان أو عبدا ، صغيرا كان أو كبيرا ، نص عليه في البدائع . وقال في تعليقه : لأن الرسول قائم مقام المرسل وسفير عنه فصحب سفارته بعد أن صحت عبارته على أى صفة كان (قال) أى القدرى في مختصره (وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا) بآباءه المكسورة : أى دائما ، ومنه الحصى المطبقة : أى الدائمة التى لا تفرق ليلا ولا نهارا ، وقيل مطبقا : أى مستوعبا ، من أطبق الغيم السماء : إذا استوعبها (ولحاقه) بفتح اللام : أى وتبطل بلحاق الموكل (بدار الحرب مرتدا) وفى الذخيرة قالوا : ما ذكر من الجواب في الجنون المطبق محمول على ما إذا كانت الوكالة غير لازمة بحيث يملك الموكل العزل في كل ساعة وزمان كالوكيل بالخصومة من جانب الطالب ، وأما إذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يملك الموكل العزل كالعبد إذا سلط على بيع الرهن وكان التسليط مشروطا في عقد الرهن فلا ينزل الوكيل بجنون الموكل وإن كان الجنون مطبقا ، وهذا لأن الوكالة إذا كانت غير لازمة يكون لبقائها حكم الإنشاء ، ولو أنشأ الموكل الوكالة بعد ما جن جنونا مطبقا لا يصح ، فكلما لاتبى الوكالة إذا صار الموكل بهذه الصفة . وأما إذا

ادعاه أن له ولاية ذلك ، وفى العزل من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته ، وضرر التكذيب ظاهر لاحالة . والثانى من حيث رجوع الحقوق إليه فإنه ينقد من مال الموكل إن كان وكيلا بالشراء ويسلم المبيع إن كان وكيلا بالبيع ، فإذا كان معزولا كان التصرف واقعا له بعد العزل فيضمنه فيتضرر به ، والوكيل بالنكاح وغيره سيان في الوجه الأول ، وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في الخبر في فصل القضاء بالموارث في كتاب أدب القاضى فلا يحتاج إلى الإعادة . قال (وتبطل الوكالة بموت الموكل الخ) قد تقدم أن من الوكالة ما يجوز للموكل فيه أن يعزل الوكيل من غير توقف على رضا أحد ، ومنها ما لا يجوز ذلك فيه لإبرضا الطالب ، ففى الأول تبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا ، لأن التوكيل

(قال المصنف : ولحاقه بدار الحرب مرتدا) أقول : الحاق بفتح اللام مصدر كالحاق . قال الزيلعى : المراد بلحاقه دار الحرب مرتدا أن يحكم الحاكم ببلحاقه ، لأن غايته لا يثبت إلا بحكم الحاكم انتهى . هذا لا يوافقنا في الهداية كالأشع ، إذ يكون الحكم المذكور في الحلاق على قولنا حيث لا تبطل فإن تبطل صفة الاستهلاك .

لأن التوكيل تصرف غير لازم فيكون للموكل حكم ابتداءه فلا بد من قيام الأمر وقد بطل بهذه العوارض؛ وشرط أن يكون الجنون مطبقاً لأن قليله

كانت الوكالة لازمة بحيث لا يقدر الموكل على حوله لا يكون لبقاء الوكالة حكم الإنشاء، وكان التوكيل في هذه الوكالة بمنزلة المالك من حيث أنه لا يملك الموكل حوله. ومن ملك شيئاً من جهة أخرى ثم جاز المالك فإنه لا يبطل ملكه، كما لو ملك عبداً فكلما إذا ملك التصرف، وبهذا الطريق إذا جعل أمر امرأته بيدها ثم جاز الزوج لا يبطل الأمر انتهى. وفي غاية البيان قال في التهمة والفتاوى الصغرى: وهذا كله في موضع يملك الموكل حوله، أما في موضع لا يملك حوله كالعدل في باب الرهن والأمر باليد للمرأة فإنه لا ينزل الوكيل بموت الموكل وجنونه، والوكيل بالخصومة بالتمسك بالحكم ينزل بموت الموكل وجنونه، والوكيل بالطلاق ينزل بمنح الموكل استحساناً ولا ينزل قياساً انتهى. أقول: في المنقول عن التهمة والفتاوى الصغرى إشكال، لأن الظاهر من عبارته أن يكون الأمر باليد للمرأة من باب التوكيل، وليس كذلك فإنه من باب التملك لا التوكيل على ما نفرد فيه مرفى باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق، بخلاف عبارة الأخيرة كما لا يخفى على المتأمل. ثم أقول: فيما بقى هاهنا شيء، وهو أن تقسيمهم الوكالة على اللازمة وغير اللازمة وحملهم الجواب في الجنون المطبق على الثانية دون الأولى يناقض ما ذكرنا في صدر كتاب الوكالة من أن صفة الوكالة هي أنها عقد جاز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه، إذ الظاهر أن المذكور هناك صفتها العامة لجميع أنواعها، اللهم إلا أن يقال: الأصل في الوكالة عدم الزوم، والزوج من أحد القسمين المذكورين لعارض وهو تعلق حق الغير به على عكس ما قالوا في البيع بالخيار كما سيأتي فتأمل. قال المصنف في تحليل مسألة الكتاب (لأن التوكيل تصرف غير لازم) قال صاحب العناية في تحليل هذه المقدمة: إذ الزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين، وهاهنا ليس كذلك لأن كلا منهما يتفرّد في فسخاها، فإن للتوكيل أن يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل أن يمنع الوكيل عنها انتهى. وقد سبقه تاج الشريعة إلى هذا التحليل. أقول: فيه خلل، لأن توقف الوجود على الرضا من الجانبين متحقق في كل عقد لازم ما كان أو غير لازم، وإنما اللازم ما يتوقف فسخه على الرضا من الجانبين، فقولهما إذ الزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين ليس بصحيح. والصواب أن يقال: إذ التصرف اللازم عبارة عما يتوقف فسخه على الرضا من الجانبين وهاهنا ليس كذلك (فيكون لدوامه) أي لدوام التوكيل (حكم ابتداءه) لأن التصرف إذا كان غير لازم كان المتصرف سبيل من فسخه في كل لحظة من لحظات دوامه، فلما لم ينسخ جعل امتناعه عن الفسخ عند تمكنه منه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه إزّالاً للمتمكن مكان المبتدئ والمنشئ كما قالوا في قوله تعالى: أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى - فصار كأنه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي، فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد (فلا بد من قيام الأمر) أي فلا بد من قيام أمر الموكل بالتوكيل في كل ساعة إذا كان لا بد من أمره بذلك في ابتداء العقد، فكلما فيها هو بمنزلة (وقد بطل) أي أمر الموكل (بهذه العوارض) وهي الموت والجنون والارتداد. فإن قيل: البيع بالخيار غير لازم ومع ذلك لا يبطل البيع بالوت بل يتقرر ويبطل الخيار. قلنا: الأصل في البيع الزوم وعدم الزوم بسبب العارض وهو الخيار، فإذا مات تقرر الأصل وبطل العارض، كذلك في الشروح (وشرط) أي شرط في بطلان الوكالة (أن يكون الجنون مطبقاً لأن قليله) أي قليل

تصرف غير لازم، إذ الزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين، وهاهنا ليس كذلك لأن كلا منهما يتفرّد في فسخها، فإن للتوكيل أن يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل أن يمنع الوكيل عنها، وكل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتداءه، لأن المتصرف سبيل من نقضه في كل لحظة فصار كأنه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد،

(قوله إذ الزوم عبارة عما يتوقف وجوده) أقول: فيه مسأعة لعل هنا سهواً، والصحيح عما يتوقف دفع وجوده وإلا فالبيع بالخيار يتوقف وجوده على رضا الجانبين، ويصحح به أمير بأنه غير لازم (قوله لأن كلا منهما يتفرّد في فسخها). أقول: مع أن أفراد أحدهما

بمنزلة الإجماع . وحده المطبق شهر عند أبي يوسف اعتبارا بما يسقط به الصوم . وعنه أكثر من يوم وليلة لأنه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت . وقال محمد : حول كامل لأنه يسقط به جميع العبادات فقدّر به احتياطا . قالوا : الحكم المذكور في اللاحق قول أبي حنيفة لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته ،

الجنون (بمنزلة الإجماع) فلا تبطل به الوكالة كما لا تبطل بالإجماع (وحده المطبق) أي حده الجنون المطبق (شهر عند أبي يوسف) وروى ذلك أبو بكر الرازي عن أبي حنيفة (اعتبارا بما يسقط به الصوم) أي صوم شهر رمضان . وقال في الوقعات الحسامية في باب البيوع الخائفة : والخيار ما قاله أبو حنيفة أنه مقدّر بالشهر ، لأن مادن الشهر في حكم العاجل فكان قصيرا ، والشهر فصاعدا في حكم الأجل فكان طويلا (وعنه) أي عن أبي يوسف (أكثر من يوم وليلة لأنه تسقط به الصلوات الخمس فصار) أي فصار من جنّ في هذه المدة (كالميت) فلا يصلح للوكالة (وقال محمد : حول كامل) قال الناطقي في الأجتناس : قال ابن سباعة في نوادره : قال محمد في قوله الأول : حتى يموت يوما وليلة فيخرج الوكيل من الوكالة ، ثم رجع وقال : حتى يموت شهرا ، ثم رجع وقال : حتى يموت سنة (لأنه يسقط به) أي بالحوال الكامل (جميع العبادات) وأما ما دون الحول فلا تسقط به الوكالة لأن وجوبها مقدّر بالحوال فلا يكون في معنى الموت (فقدّر به) أي فقدّر حده الجنون المطبق بالحوال الكامل (احتياطا) قال في الكافي : وهو الصحيح ، وكذا قال في التبيين (قالوا) أي المشايخ (الحكم المذكور في اللاحق) أي الحكم المذكور في اللاحق في مختصر القدوري ، وهو ما ذكر قبل هذا بقوله : ولحقه بدار الحرب مرتدا (قول أبي حنيفة لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته) قال المصنف في باب أحكام المرتدين من كتاب السير : اعلم أن تصرفات المرتد على أربعة أقسام : نال بالانفاق كالاستيلاء والطلاق لأنه لا يفتر إلى حقيقة الملك وتام الولاية ، وباطل بالاتفاق كالنكاح والديعة لأنه يعتمد الملة ولا ملته له ، وموقوف بالاتفاق كالخفاضة لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ، ومختلف في توقفه وهو ما عدها اه . وقال الشراح هناك : يعنى بقوله ما عدها مذكوره بقوله وما باعه أو اشتراه أو اعتقه أو وهبه أو تصرف فيه من أمواله في حال رده فهو موقوف . أقول : فقد تلخص من ذلك أن مراده هاهنا أن بعض تصرفات المرتد

ولا بد في ذلك من الأمر فكذا فيها هو بمنزلة ، وقد بطل الأمر بهذه العوارض فلا تبقى الوكالة من هؤلاء كما لا تنتقد منهم ابتداء ، ونفوض بالبيع بالخيار فإنه غير لازم ويتقرر بالموت . وأجيب بأن الأصل في البيع الزوم وعدمه لعرض الخيار ، فإذا مات بطل العارض وتقرر الأصل ، وفي الثاني لا تبطل فلا تبطل في صورة تسليط المثل على بيع الرهن ، وفيها إذا جعل أمر امرأته بيدها لأن التوكيل في هذا النوع صار لازما لتعلق حق الغير به فلا يكون لدوامه حكم ابتداءه فلا يلزم بقاء الأمر . وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت وهو مما لا بد منه . والجنون المطبق بكسر الباء هو الدائم ، وشرط الإطفاق في الجنون لأن قليله بمنزلة الإجماع فلا تبطل به الوكالة . وحده المطبق شهر عند أبي يوسف ، وروى ذلك أبو بكر الرازي عن أبي حنيفة اعتبارا بما يسقط به الصوم - وعنه أكثر من يوم وليلة لأنه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وهو رواية عن محمد . وقال محمد آخر : حول كامل لأنه يسقط به جميع العبادات فقدّر به احتياطا . قال المشايخ : الحكم المذكور في اللاحق قول أبي حنيفة رحمه الله لأن تصرفات المرتد عنده موقوفة والوكالة من حملها فنكون موقوفة ، فإن أسلم فقلت ، وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت ، فأما

يكن في انقضاء الزوم (قوله فكذا فيما هو بمنزلة) أقول : الضمير في قوله بمنزلة راجع إلى قوله ابتداء في قوله بمنزلة ابتداء المقيد (قوله ونفوض بالبيع بالخيار فإنه الخ) أقول : فيه مغالطة ، فإن المنقوض هو البيع لا الخيار ، وهذا هو خلاصة الجواب (قوله وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت الخ) أقول : لا يقال إنما لم يصرح بالتقسيم لالتفهام مع ما أسلفه من قوله إلا إذا تعلق به حق الغير الخ لأنه لا دلالة فيما سبق من كلامه على لزوم بعض الوكالات أصلا فلا ينهمم التقسيم كما لا يخفى فليتأمل (قوله يسقط به جميع العبادات) أقول : حتى الزكاة (قوله وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت) أقول : ما سبق ويطلب ما بعده .

فإن أسلم نفل، وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة، فأما عندما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على رده أو يحكم ببلحاقه وقد مر في السير : وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردها لا تؤثر في عقودها على ما عرف .

موقوف عنده ، فكلما وكالته لكونها في حكم ذلك، ولكن عبارته غير واضحة في إفادة المراد (فإن أسلم نفل) أي فإن أسلم المرتد نفل تصرفه السابق (وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة، فأما عندما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على رده أو يحكم ببلحاقه) حتى يستقر أمر المحقق (وقد مر في السير) أي متى تكون تصرف المرتد موقوفا عند أبي حنيفة نافذا عندها مع ذكر دليل الطرفين مستوفى في باب أحكام المرتدين من كتاب السير . واستشكل صاحب التيسيل هذا المقام حيث قال : فيا نسب إلى أبي حنيفة نظر، إذ المرتد إذا لحق بدار الحرب ولم يحكم به الحاكم حتى عاد مسلما صار كأن لم يزل مسلما عند أبي حنيفة أيضا فكيف يبطل توكيله وسائر تصرفاته قبل أن يقضى بذلك . وقول أبي حنيفة في السير إنه حربى مقهور غير أنه يرجع إسلامه فتوقفا ، فإن أسلم جعل العارض كالعدم ولم يعمل السبب . وإن مات أو لحق وحكم ببلحاقه استقر كرهه فعمل السبب يدل على عدم بطلان تصرفه بمجرد المحاق، بل لابد من الحكم به فينبغي أن يكون حكم الموكل كذلك لا يبطل توكيله بمجرد لحاقه عنده اه كلامه . وأقول : هناكلام آخر وهو أن الإمام قاضيان ذكر في فتاواه ما ينافي ما نقله المصنف هاهنا عن المشايخ حيث قال في فصل ما يبطل الارتداد من باب الردة وأحكام أهلها من كتاب السير : وإن وكل رجلا لم ارتد الموكل وخلق بدار الحرب ينزل وكيله في قوله اه ، فإنه صريح في أن الحكم المذكور في المحاق قوله جميعا لا قول أبي حنيفة فقط . فإن قلت : يجوز أن يكون المراد باللاحق لدار الحرب فيا ذكر في فتاوى قاضيان أن يحكم الحاكم ببلحاقه بها . قلت : ظاهر اللفظ لا يساعد ذلك ، فإن جازحله عليه بدلالة القرائن والقواعد فلم لا يجوز الحمل عليه في مسألة الكتاب أيضا حتى تكون المسئلة إجماعية ويتخلص عن التكلف الذى ارتكبه عن تخصيصها بقول أبي حنيفة . ثم أقول : الحق عندي أن المراد بما ذكر في الكتاب المحاق مع قضاء القاضى به دون مجرد المحاق فالمسئلة إجماعية ، وعن هذا قال الإمام الزيلعي في شرح هذا المقام من الكز : والمراد ببلحاقه بدار الحرب مرتدا أن يحكم الحاكم ببلحاقه ، لأن لحقه لا يثبت إلا بحكم الحاكم ، فإذا حكم به بطلت الوكالة بالإجماع اه . وما يؤيد كون المراد باللاحق المبطل للوكالة المحاق مع قضاء القاضى به دون مجرد المحاق أن أساطين المشايخ قيدوا المحاق بقضاء القاضى به عند بيانهم بطلان تصرفات المرتد عند أبي حنيفة بالموت والقتل واللاحق بدار الحرب ، منهم صاحب المحيط ، فإنه قال بصدد بيان الأنواع الأربعة للتصرفات المرتد ونوع منها اختلفوا في نفاذه وتوقفه وذلك كالبيع والشراء والإجارة والتدبير والكتابة والوصية وقضى الدين ، فعند أبي حنيفة توقف هذه التصرفات ، فإن أسلم نفل ، وإن مات أو قتل على رده أو لحق بدار الحرب وقضى القاضى ببلحاقه تبطل ، وعندما تنفذ هذه التصرفات اه . ومنهم الإمام قاضيان ، فإنه قال في فتاواه أثناء بيان الوجوه الأربعة لتصرف المرتد : ومنها ما اختلفوا في توقفه نحو البيع والشراء والإجارة والإعتاق والتدبير والكتابة والوصية وقضى الدين عند أبي حنيفة : هذه التصرفات موقوفة ، فإن أسلم نفلت ، وإن مات أو قتل أو قضى ببلحاقه بدار الحرب تبطل ، وعند صاحبيه تنفذ في الحال اه . إلى غير ذلك من الفتا ، حتى أن صاحب الوقاية قال في باب المرتد : وتوقف مفادته وبمعوضه وإجارته وتدبيره ووصيته ، إن أسلم نفل ، وإن مات أو قتل أو لحق وحكم به بطل اه (وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته) أي بالإجماع (حتى يموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردها لا تؤثر في عقودها) لأنها لا تفتل (على ما عرف) في السير . قال بعض العلماء بعد نقل هذا من الهداية : ويعلم من هذا أن الرجل

عندما تصرفاته جائزة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على رده أو يحكم ببلحاقه حتى يستقر أمر المحاق ، وقد مر في السير : أي كون تصرف المرتد موقوفا أو نافذا في باب أحكام المرتدين ، وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل وكيل حتى تموت أو تلحق بدار الحرب ، لأن ردها لا تؤثر في عقودها لأنها لا تفتل ، ما خلا التوكيل بالتزويج فإن ردها تخرج الركيل به

(قال المصنف : وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة) أقول : ولقد أصاب المرح حيث اختار صيغة المضى هنا وصيغة الاستظهار في بيان مفههما لأن عند تبطل تصرفاته السابقة على القتل أو المحاق أيضا ، وعندما لا تبطل تصرفاته السابقة فلنظام .

قال (وإذا وكل المكاتب ثم عجز أو المأذون له ثم حجر عليه أو الشريكان فافترقا ، فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل ، علم أو لم يعلم) لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ،

الموكل إذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحاق ، فينبغي أن يقول في قوله السابق وارتداده بدل قوله ولحقه بدار الحرب ثم ردا انتهى . أقول : هذا خطئ منه ، فإنه زعم أن مراد المصنف بقوله فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب أن وكالته لا تبطل قبل موت موكلته المرتدة أو لحوقها بدار الحرب ، وأخذ منه بطريق مفهوم المخالفة أن الرجل الموكل إذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحاق ، وليس مراده ذلك ، بل مراده أن تصرف الوكيل نافذ قبل موت موكلته المرتدة أو لحوقها بدار الحرب بالإجماع ، بخلاف ما إذا كان الموكل رجلا فارتد فإن تصرف الوكيل ليس نافذ هناك عند أبي حنيفة بعد ارتداد موكله ، بل هو موقوف عنده على ما مر بيانه فافترقا . وأما بطلان الوكالة فلا يتحقق في صورتين معا قبل الموت أو اللحاق بدار الحرب فتنظم السابق واللاحق . ثم اعلم أن كون الوكيل على وكالته في صورة إن كان الموكل امرأة فارتدت فيها خلا التوكيل بالتزويج فإن بردتها تخرج الوكيل بالتزويج من الوكالة لأنها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ، ثم بردتها تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك حولا منها لوكيلها ، فيعد ما انزل لايود وكيلا إلا بالتجديد ، وكذا في الميسوط . وذكر في الشروح (قال) أي القلوري في مختصره (وإذا وكل المكاتب ثم عجز) أي عجز عن أداء بدل الكتابة فعاد إلى الرق (أو المأذون له) أي أو وكل العبد المأذون له (ثم حجر عليه) أي على المأذون له وكان التوكيل في هاتين الصورتين بالعقد أو الخصومات (أو الشريكان) أي أو وكل أحد الشريكين ثالثا بشيء مما لم يله بنفسه (فافترقا) أي فافترقا الشريكان بعد التوكيل (فهذه الوجوه) أي العجز والحجر والافتراق (تبطل الوكالة على الوكيل علم) ، أي علم الوكيل بذلك (أو لم يعلم لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل) أي قيام الأمر (بالحجر) في المأذون له (والعجز) في المكاتب (والافتراق) في الشريكين ، وأما إذا كان توكيل المكاتب أو العبد المأذون له بقضاء الدين أو التقاضي فلا يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر على المأذون له ، لأن في كل شيء وليه العبد لا تسقط المطالبة عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالبا بإيفائه ، وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لأن وجوبه كان بعقده ، فإذا بقي حقه بئ وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد العجز أو الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرة ، وكذا إذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشيء هو وليه ثم افترقا واقتسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لا يعلم جاز ذلك عليهما ، لأن توكيل أحدهما في حال بقاء عقد المتفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينزل بنقضهما الشركة بينهما ، وكذا في الميسوط . قال صاحب العناية بعد نقل هذا عن الميسوط : ولقاتل أن يقول : هذا لا يفصل بين ما وليه وبين ما لم يله ، فما الفارق ؟ والجواب أن أحد المتفاوضين إذا وكل فيها وليه كان لتوكيله جهتان : جهة مباشرة ، وجهة كونه شريكا ، فإن بطلت جهة كونه شريكا بنسخ الشركة لم تبطل الأخرى وهي مستندة إلى حال المتفاوضة ، وتوكيل أحدهما فيها كتوكيلهما تبقى في حقهما ، وإذا وكل فيها لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكا لا غيرها وبطلت بنسخ الشركة فتبطل في حقهما جميعا إلى هنا كلامه . واعلم أنه إذا وكل أحد شريكي العنان وكيلا ببيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا ، وكان القياس أن لا يجوز لأن كل واحد من الشريكين وكيل من جهة صاحبه في التصرف ، وليس للوكيل أن يوكل غيره إذا لم يأمره الموكل بذلك . وجه الاستحسان أن كلا من الشريكين في حق صاحبه بمنزلة وكيل فوض الأمر إليه على العموم ، لأن مقصودهما تمصيل الربح وذلك قد لا يحصل بتصرف

من الوكالة ، لأنها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ثم بردتها تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك حولا منها لوكيلها ، فيعد ما انزل لايود وكيلا إلا بالتجديد . قال (وإذا وكل المكاتب ثم عجز النخ) وإذا وكل المكاتب ثم عجز النخ) وإذا وكل الوكيل المأذون له ثم حجر عليه وكان التوكيل بالبيع أو الشراء بطلت الوكالة ، علم بذلك الوكيل أو لم يعلم . وإذا وكل أحد الشريكين ثالثا بشيء مما لم يله بنفسه فافترقا فكل ذلك لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل بالعجز والحجر

ولأفرق بين العلم وعلمه لأن هذا عزل حكيم فلا يتوقف على العلم

واحد فصار مأذونا من جهة صاحبه بالتوكيل . قال صاحب غاية البيان : قال الشيخ أبو نصر البغدادي : وهذا الذي ذكره القدوري جميعه جار على الأصل إلا في الشريكين ، وفيما ذكره صاحب الكتاب نظر ، إلى هنا أنفطه ، يعنى أن أحد شريكي اثنان أو المتفاوضة إذا وكل وكيلها بطلت الوكالة على ما ذكره القدوري ، ولكن ذلك خلاف الرواية الأخرى ، ألا يرى إلى ما قال محمد في الأصل : وإذا وكل أحد المتفاوضين وكيلها بشيء مما ذكرت لك ، والذى ولى ذلك ثم افرقا واقتسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم إن الوكيل أمضى الذى كان وكل به وهو يعلم أو لا يعلم فإنه يجوز ذلك كله عليهما جميعا . وكذلك لو كانا وكلاء جميعا لأن وكالة أحدهما جائزة على الآخر ، وليس تفرقهما ينقض الوكالة ، إلى هنا فقط محمد فى باب وكالة أحد المتفاوضين . ثم قال صاحب الغاية : والمجب من صاحب الهداية أنه أهم الأمر ولم يتعرض لكلام القدوري ، والغالب على ظنى أن القدوري أراد بملك الوكالة الثانية فى ضمن عقد الشركة لا الوكالة الابتدائية القصدية ، لأن المضمن وهو عقد الشركة إذا بطل بطل مافى ضمنه لاحالة ، وإلا يلزم أن يكون قوله مخالفا للرواية لاحالة انتهى . أقول : إن قوله ولا يلزم أن يكون قوله مخالفا للرواية لاحالة ليس بتمام لاحالة ، إذ على تقدير أن يكون مراده الوكالة الابتدائية كما هو المتبادر من كلامه لا يكون مخالفا للرواية المذكورة بحمله على التوكيل بشيء لم يله الموكل بنفسه كما فصلناه من قبل . وفى الرواية المذكورة أيضا إشارة إلى ذلك ، فإن قول محمد فى الأصل : وإذا وكل أحد المتفاوضين وكيلها بشيء مما ذكرت لك وهو الذى ولى ذلك استراز من التوكيل بشيء لم يله الموكل بنفسه كما لا يخفى . لا يقال : مراد صاحب الغاية ولا يلزم أن يكون ظاهر إطلاق قوله مخالفا للرواية فلا يتنافى التطبيق بتقييد وتأويل . لأننا نقول : هذا المصنف مشترك الالتزام ، فلا وجه لذلك القول بعد أن قيده أيضا ، وأوله بتأويل بعيد كما ترى (ولا فرق بين العلم وعلمه) أى لافرق فى الوجه المذكورة بين علم الوكيل بسبب بطلان الوكالة وعدم علمه بذلك (لأن هذا عزل حكيم) أى عزل عن طريق الحكم (فلا يتوقف على العلم) إذ العلم شرط للعزل القصدي

والاقتراق ، ولا فرق بين العلم وعدمه لأنه عزل حكيم فلا يتوقف على العلم ، كالتوكيل بالبيع إذا باعه الموكل ، وأما إذا وكل المكاتب أو المأذون له بقضاء الدين أو التناضى فظنا لا تبطل بالعجز والحجر لأن العبد مطالب بإيفاء ما ولىه ، وله ولاية مطلية استيفاء ما وجب له لأن وجوبه كان بعقده ، فإذا بطل حقه بطلت وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرة ، وكذا إذا وكل أحد المتفاوضين وكيلها بشيء هو ولىه ثم افرقا واقتسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لا يعلم جاز ذلك عليهما ، لأن توكيل أحدهما فى حال بقاء عقد المتفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلها من جهتهما جميعا فلا يتعزل بنفسهما الشركة بينهما ، كذا فى الميسوط . ولقائل أن يقول : هذا لا يفصل بين ما ولىه وبين ما لم يله ، فما الفارق ؟ والجواب أن أحد المتفاوضين إذا وكل فيها ولىه كان لتوكيله جهتان : جهة مباشرة ، وجهة كونه شريكا ، فإن بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الأخرى وهى مستندة إلى حال المتفاوضة ، وتوكيل أحدهما فيها كتوكيلهما فتبقى فى حقهما ، وإذا وكل فيها لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فتبطل فى حقهما جميعا ، وإذا وكل أحد شريكي اثنان وكيلها ببيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا لأن كل واحد منهما فى حق صاحبه

(قوله وكذا إذا وكل أحد المتفاوضين وكيلها بشيء هو ولىه) أقول : قوله هو راجع إلى أحد المتفاوضين ، والتفسير فى قوله ولىه راجع إلى شيء . قال فى النهاية : والشريكان تفرقا : أى وكل أحد الشريكين الثالث ، فهذه الوجه تبطل الوكالة على الوكيل علم أو لم يعلم ، هذا فيما لم يله الوكيل بنفسه ، وأما فى الذى ولىه الوكيل بنفسه فى المتفاوضة فلا تبطل الوكالة بالاقتراق ، لأنه ذكر فى باب وكالة المفسد من وكالة الميسوط ، وإذا وكل أحد المتفاوضين وكيلها بشيء هو ولىه ثم تفرقا واقتسما وأشهدا إلى قوله فلا يتعزل بنفسه الشركة بينهما انتهى . ولا يلزم عليه أن صاحب النهاية أرجح التفسير المستتر فى قول الميسوط ولىه إلى الوكيل وهذا الشارح إلى أحد المتفاوضين . والأمس على إرجاعه إلى ما أرجح الشارح إليه ، وعليه بالتأمل البصائر (قوله لم تبطل الأخرى وهى مستندة) أقول : قوله هو راجع إلى قوله الأخرى (١٩ - تحفة القدير ص ٨)

كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل . قال (وإذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة) لأنه لا يصح أمره بعد جنونه وموته (وإن لحق بدار الحرب مرتدًا لم يجز له التصرف إلا أن يعود مسلما قال : وهذا عند محمد ، فأما عند أبي يوسف لا يعود الوكالة . لمحمد أن الوكالة إطلاق) لأنه

دون العزل الحكمي (كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل) أي إذا باع ما وكل ببيعه الموكل حيث يصير الوكيل معزولا حكما لفوات محل تصرف الوكيل (قال : أي القُدُورى في غنصره) وإذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة) لما فرغ من العوارض المبطلّة للوكالة من جانب الموكل شرع في العوارض المبطلّة لها من جانب الوكيل . قال المصنف في تعليل ما ذكر (لأنه لا يصح أمره) أي أمر الوكيل (بعد جنونه وموته) والأمر في قوله لا يصح أمره مصدر مضاف إلى المفعول ، ومعناه الأمر الذي كان مأمورا به لم يبق صحيحا ، وإنما عبر عنه بذلك لما ذكرنا أن لدوامه حكم الابتداء ، كذا في العناية . أقول : هاهنا شائبة الاستدراك ، إذ لا يفتى على أولى النهى أن ذكر كون موت الوكيل مبطلا للوكالة قليل الجدوى لأنه يبين غنى عن البيان . لا يقال : الرد بذلك دفع احتمال جريان الإرث من الوكيل في حق الوكالة . لأننا نقول : احتمال ذلك مع كونه في غاية البعد في نفسه بناء على ظهور أن الموكل رضى برأى الوكيل لا يرى غيره لا يتدفع بالتعليل الذى ذكره المصنف ، لأن الأمر بالوكالة وإن لم يبق صحيحا بالنظر إلى الوكيل الميت إلا أنه يحتمل أن يبق صحيحا بالنظر إلى وارثه حتى فلا يتم التزريب (وإن لحق) أي الوكيل (بدار الحرب مرتدًا لم يجز له التصرف إلا أن يعود) من دار الحرب إلى دار الإسلام (مسلما) هذا إذا حكم القاضي بلحاقه فإنه قال شيخ الإسلام في الميسر : وإن لحق الوكيل بدار الحرب مرتدًا فإنه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعا ما لم يقض القاضي بلحاقه وهكذا أشار إليه خمس الأئمة السرخسى في ميسره حيث قال : ولو ارتد الوكيل ولحق بدار الحرب انتقضت الوكالة لانقطاع العصمة بين من هو في دار الحرب وبين من هو في دار الإسلام ، وإذا قضى القاضي بلحاقه فقدّر موته أو جعله من أهل دار الحرب فبطلت الوكالة انتهى ، كذا في النهاية وغيرها (قال) أي قال المصنف (وهذا) أي جواز التصرف للوكيل عند عودده مسلما (عند محمد ، فأما عند أبي يوسف لا يعود الوكالة) أي وإن عاد مسلما (لمحمد أن الوكالة إطلاق) أي إطلاق التصرف (لأنه) أي الوكالة

كوكيل مأذون بالتوكيل لتحصيل ما هو المقصود وهو الربح فإنه قد لا يحصل بتصرف واحد وحصوله بالثمن ، وكلام المصنف ساكت عن التفصيل في المستثنين جميعا كما ترى ، وفيه ما فيه . وقد أول بعض الشارحين كلام القُدُورى في افتراق الشرعيين بأن المراد به هو الوكالة التي كانت في ضمن عقد الشركة : فإنهما إذا افتراقا بطلت الشركة المتضمنة لها فبطلت ما كانت في ضمنها ، هذا على تقدير صحة شخص بمسئلة الشركة لا غير على أنه مخالف لعبارة الكتاب . قال (وإذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا الخ) لما فرغ من العوارض المبطلّة للوكالة من جانب الموكل شرع فيها من جانب الوكيل ، فإذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لأنه لا يصح أمره بعد موته وجنونه ، والأمر مصدر مضاف إلى المفعول ، ومعناه الأمر الذى كان مأمورا به لم يبق صحيحا ، وإنما عبر عنه بذلك لما ذكرنا أن لدوامه حكم الابتداء ، وإن لحق بدار الحرب مرتدًا لم يجز أن يتصرف فيها وكل به

(قوله وكلام المصنف ساكت عن التفصيل في المستثنين جميعا الخ) أقول : الظاهر أنه أراد سلطة الشرعيين وسلطة الكاتب والمأذون عنهما واحدا لاختصاصهما في المملوكية والحجر (قوله وقد أول بعض الشارحين الخ) أقول : ينسب الإتيان (قوله على أنه مخالف لعبارة الكتاب) أقول : فإن المتن المفهوم من قوله إذا وكل أحد الشرعيين أنه إذا وكله بعد عقد الشركة كما في توكيل المأذون والكاتب ، وأيضا لا يصح أن ينفرد أحد الشرعيين بفسخ عقد الشركة بدون علم صاحبه فلا يستقيم قوله علم أو لم يعلم . ويمكن أن يحمل على ما إذا ملك المالكان أو أحدهما قبل الشراء ، فإن الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التي كانت في ضمنها علما بذلك أو لم يعلم لأنه عزل حكى إذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة (قال المصنف : بطلت الوكالة لأنه لا يصح أمره بعه جنونه وموته) أقول : ينسب إلى يورث منه ، فنقول لأنه لا يصح أمره ببعث (قوله ومعناه الأمر الذى كان مأمورا به) أقول : التفسير في قوله به راجع إلى قوله الأمر (قوله وإنما عبر عنه بذلك الخ)

رفع المانع ، أما الوكيل يتصرف بمجان قائمة به وإنما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين ، فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلا . ولأبي يوسف أنه إثبات ولاية التنفيذ ، لأن ولاية أصل التصرف بأهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق حتى بالأموات وبطلت الولاية فلا تعود كلكه في أم الولد والمدير .

بتأويل التوكيل أو المقد أو باعتبار الخبر (رفع المانع) فإن الوكيل كان ممنوعا شرعا عن أن يتصرف في شيء لموكله ، فإذا وكله رفع المانع (أما الوكيل يتصرف بمجان قائمة به) أي بالوكيل : يعني أن الوكيل لا يحدث فيه أهلية ولاية ، بل إنما يتصرف بمجان قائمة به وهي العقل والقصد إلى ذلك التصرف وللذمة الصالحة له (وإنما عجز) أي وإنما عجز الوكيل عن التصرف (بعارض اللحاق لتباين الدارين) يعني أن الإطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض ، ولكن إنما عجز الوكيل عن التصرف بهذا العارض (فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلا) وفي المبسوط : ومحمد يقول : صحت الوكالة لحق الموكل وحقه قائم بعد لحاق الوكيل بدار الحرب ، ولكنه عجز عن التصرف بعارض والعارض على شرف الزوال ، فإذا زال يصير كأن لم يكن فيبقى الوكيل على مكانته فصار بمنزلة ما لو أعمى عليه زمانا ثم أفاق (ولأبي يوسف أنه) أي التوكيل (إثبات ولاية التنفيذ) أي تمليك ولاية تنفيذ التصرف في حق الموكل التوكيل لا إثبات ولاية أصل التصرف له (لأن ولاية أصل التصرف) ثابتة له (بأهليته) بخس التصرف في حد ذاته (وولاية التنفيذ بالملك) أي وتمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك لأن التمليك بلا ملك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة (وباللحاق) أي باللحاق بدار الحرب (حتى) أي الوكيل (بالأموات) فيطل الملك (وبطلت الولاية) أي إذا بطلت الولاية بطل التوكيل لتلازم تخلف المعلول عن العلة (فلا تعود) أي الولاية : يعني إذا بطلت الولاية فلا تعود (كلكه في أم الولد والمدير) فإنه إذا خلق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاظه تمت أم ولده ومديره ثم يعود مسلما لا يعود ملكه فيها ولا يرفع الحق ، فكل ذلك الولاية التي بطلت لاتعود ، وأشار بقوله حتى بالأموات إلى أن وضع المسئلة فيها إذا قضى القاضي بلحاظه . وأما إذا لم يقض بذلك فلا يخرج الوكيل عن الوكالة عندهم جميعا كما ذكرنا من قبل : قال صاحب

إلا أن يعود مسلما . قال المصنف : وهذا عند محمد ، فأما عند أبي يوسف فلا تعود الوكالة وإن عاد مسلما . لحمد أن التوكيل إطلاق لأنه رفع المانع ، ومعناه أن الوكيل كان ممنوعا شرعا أن يتصرف في شيء لموكله ، فإذا وكله رفع المانع ، وأما أن يحدث فيه أهلية ولاية فليس كذلك ، فإنه يتصرف بمجان قائمة به وهي العقل والقصد إلى ذلك التصرف وللذمة الصالحة له ، والإطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض . وإنما عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين ، فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلا ، وهذا ينزع إلى تخصيص العلة وغلطه معروف . ولأبي يوسف أنه إثبات ولاية التنفيذ ، ومعناه أن التوكيل تمليك ولاية التنفيذ ، فإن الوكيل إنما يملك تنفيذ تصرفه على موكله بالوكالة ، وولاية التنفيذ بالملك : أي تمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك لأن التمليك بلا ملك غير متحقق ، فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة وقد بطل الملك باللحاق لأنه حتى بالأموات فصار كسائر أملاكه ، وإذا بطل الملك بطلت الولاية ، وإذا بطلت الولاية بطل التوكيل لتلا تخلف العلة عن المعلول ، وإذا بطلت لاتعود كلكه في المدير وأم الولد ، وأشار بقوله حتى بالأموات إلى أن فرض المسئلة فيها إذا قضى القاضي

أقول : أي من علم بقية الصحة بسلب الصحة ، فإن قولنا لا يصح سلب حدوث الصحة (قوله وهذا ينزع إلى تخصيص العلة) أقول : وفي مباحث تقسيم العلة من التلويح أن الخلاف في تخصيص المثل إنما هو في الأوصاف المؤثرة في الأحكام لا في المثل التي هي أحكام شرعية كالمتعود والتفسيخ (قوله وغلطه معروف) أقول : وهو سهل ارتفاع المانع جزاء من العلة والتفصيل في كتب الأصول (قوله) ولأبي يوسف أنه إثبات الحق) أقول : لا يقال ببعض المقدمات مستدركة لكفاية أن يقول إنه إثبات ولاية التنفيذ ولا ولاية باللحاق فلا توكيل ، لأن اللحاق بملكه في المدير وأم الولد في علم اللود لا يكون بدون ملاحظة تلك المقدمات ، وفيه منع فإنه لم يكف الإلحاق في عدم اللود وما للقتضى للاسطة كونه ملكا (قوله فكان الوكيل مالكا) أقول : فيه نوع مصادرة حيث كان إثبات المقامة الأولى جهله المقدمة فليأتل (قوله لتنفيذ بالوكالة) أقول : أي مالكا ولاية التنفيذ .

ولو عاد الموكل مسلماً وقد لحق بدار الحرب مرتداً لاتعود الوكالة في الظاهر . وعن محمد أنها تعود كما قال في الوكيل . والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل بالحقاق .

الغاية : بَيِّ الكلام في قوله لأن ولاية أصل التصرف بأهليته فإنه بعيد التعلق عما استدلل به عليه وهو قوله أنه إثبات ولاية التنفيذ إلا أن يتكلف فيقال : الوكيل له ولايتان : ولاية أصل التصرف ، وولاية التنفيذ ، والأولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده ، والثانية لم تكن ثابتة قبله ، وإنما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل فكانت ثابتة به انتهى . أقول : إن قوله لأن ولاية أصل التصرف بأهليته ليس بدليل على منطوق قوله إنه إثبات ولاية التنفيذ حتى يتوهم أنه بعيد التعلق عما استدلل به عليه ، بل هو دليل على مفهوم ذلك ، وهو لا إثبات ولاية أصل التصرف كما أشرنا إليه في شرح هذا المقام من قبل ، فالمنعنى أن التوكيل لإثبات ولاية التنفيذ للوكيل لا لإثبات ولاية أصل التصرف له ، حتى يجوز أن تعود الوكالة بعود الوكيل مسلماً كما قاله محمد ، لأن ولاية أصل التصرف ثابتة له بأهليته في حد ذاته ، فلا يتصور أن يثبتها الموكل له بالتوكيل ، وإن لم يسلم اعتبار مفهوم المخالفة في مثل ذلك فنقول : هو دليل على مقدمة مطوية مفهومة من الكلام بمعنى قرينة المقام وهي لا إثبات ولاية التصرف له فلا إشكال على كل حال (ولو عاد الموكل مسلماً وقد لحق بدار الحرب مرتداً) أى وقد لحق بدار الحرب مرتداً وقضى القاضي بلحاظه ، صرح به في المبسوط وغيره (لاتعود الوكالة في الظاهر) أى في ظاهر الرواية (وعن محمد أنها) أى الوكالة (تعود كما قال في الوكيل) وفي السير الكبير يقول محمد : يعود الوكيل على وكالته في هذا الفصل أيضاً لأن الموكل إذا عاد مسلماً عاد إليه ماله على قديم ملكه ، وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته ، كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه ببيع بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته فهذا مثله ، كذلك في المبسوط (والفرق له على الظاهر) يعنى أن محمداً فرق بين التصلين : أى بين ارتداد الوكيل وبين ارتداد الموكل في ظاهر الرواية حيث قال يعود الوكالة في ارتداد الوكيل إذا عاد مسلماً في جميع الروايات ، وبعدهم عودها في ارتداد الموكل إذا عاد مسلماً في ظاهر الرواية . فوجه الفرق له على ظاهر الرواية (أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال) أى وقد زال ملك الموكل برده والقضاء بلحاظه بدار الحرب فبطلت الوكالة على البينات (وفي حق الوكيل) أى ومبنى الوكالة في حق الوكيل (على معنى قائم به) أى بالوكيل كما بيناه من قبل (ولم يزل) أى ولم يزل للمعنى القائم به (بالحقاق) أى بلحاظ الوكيل بدار الحرب وقضاء القاضي به فكان محل تصرف الوكيل باقياً ، ولكنه حجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال ، فلذا زال العارض صار كأن لم يكن كما ذكرنا فيما مر . وأما أبو يوسف فسوى بين

بلحاظه ، وأما إذا لم يقض بذلك فإنه لا يخرج من الوكالة عندهم جميعاً . بَيِّ الكلام في قوله لأن ولاية أصل التصرف بأهليته فإنه بعيد التعلق عما استدلل به عليه وهو قوله أنه إثبات ولاية التنفيذ إلا أن يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية أصل التصرف وولاية التنفيذ ، والأولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده ، والثانية لم تكن ثابتة قبله ، وإنما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل فكانت ثابتة به ، ولو عاد الموكل مسلماً بعد القضاء بلحاظه بدار الحرب مرتداً لاتعود الوكالة في ظاهر الرواية . وعن محمد أنها تعود كما في الوكيل لأن الموكل إذا عاد مسلماً عاد إليه ماله على قديم ملكه ، وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته ، كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه ببيع بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته . والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال برده والقضاء بلحاظه ، وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل بالحقاق وأبو يوسف سوى في عدم العود بين التصلين ، ولعل لإيراد هذه المسئلة عند عروض العوارض المذكورة للموكل

(قوله ورد عليه ببيع الخ) أقول : هذه المسئلة متفق عليها بين أبي يوسف ومحمد على ظاهر الرواية ، ولذلك قال المصنف ومن أبي يوسف فصلح للاستبعاد (قوله وقد زال برده الخ) أقول : وزال الأمر بالتصرف ولم يتجدد .

قال (ومن وكل آخر شيء ثم تصرف بنفسه فيها وكل به بطلت الوكالة) وهذا اللفظ ينظم وجوها : مثل أن يوكله بإعتاق عبده أو بكتابه فأعتقه أو كاتبه الموكل بنفسه أو يوكله بتزويج امرأة أو بشراء شيء ففعله بنفسه أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج ثلاثاً أو واحدة وانقضت عدتها أو بالخلع فخلعها ، بنفسه لأنه لما

الفصلين حيث قال بعدم حود الوكالة فيما مما (قال) أى القدورى في غرضه (ومن وكل آخر شيء) من الإيجابات أو الإسقاطات (ثم تصرف) أى الموكل (بنفسه فيها وكل به بطلت الوكالة) إلى هنا لفظ القدورى . قال المصنف (وهذا اللفظ ينظم وجوها كثيرة) من المسائل (مثل أن يوكله) أى الآخر (بإعتاق عبده) أى عبد الموكل (أو بكتابه) أى بكتابه عبده (فأعتقه) أى أعتق ذلك العبد (أو كاتبه الموكل بنفسه) فإن الوكالة تبطل حينئذ (أو يوكله بتزويج امرأة) أى أو أن يوكله بتزويج امرأة معينة (أو بشراء شيء) أى أو أن يوكله بشراء شيء يعينه له (ففعله بنفسه) أى ففعل الموكل ما وكل به بنفسه بأن تزوجها بنفسه أو يشتره بنفسه ، فإن ذلك كان عز لا للوكيل فنبتل الوكالة (أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج) وهو الموكل (ثلاثاً) أى ثلاث تطليقات (أو واحدة) أى أو طلقها طليقة واحدة (وانقضت عدتها) فإن الوكالة تبطل هناك أيضا ، ولا يكون للموكل بعد ذلك أن يطلقها ، وإنما قيد بالثلاث وقيد بالانقضاء العدة ، والمراد بها ما دون الثلاث لأنه إذا وكله بالطلاق ثم طلقها الموكل طليقة واحدة أونتين بآنية كانت أو رجعية . فإن للوكيل أن يطلقها مادامت في العدة ، وأما إذا طلقها الموكل تطليقات ثلاثاً فلا يملك للوكيل طلاقها لا في العدة ولا بعدها ، والأصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادراً على الطلاق كان وكيله أيضا قادراً عليه ، وما لا فلا ، كلما ذكره في التباية والعناية . أقول : في هذا الأصل نوع إشكال إذ لطلب أن يطلب الفرق حيث يمل هذه المسئلة وبين مسئلة التوكيل بتزويج امرأة ، فإن الموكل هناك لو تزوجها بنفسه لم يأنها لم يكن للوكيل أن يزوجه منه كما صرح به في هامة الكتب ، وذكره المصنف أيضا فيما بعد . مع أن الموكل قادر على تزوجه بنفسه مرة أخرى فلم لم يقدر الوكيل أيضا على أن يزوجه مرة أخرى ؟ وهل في البدائع عدم قدرة الوكيل عليه بأن الأمر بالفعل لا يقتضى التكرار ، فإذا فعل مرة حصل الامتثال فأنهى حكم الأمر كما في الأوامر الشرعية . والظاهر أن هذا التحليل يقتضى أن لا يقدر الوكيل على التطبيق بعد تطبيق الموكل مطلقا في مسئلة التوكيل بالطلاق أيضا . فإن قيل : بطلان الوكالة في مسئلة التوكيل بالتزويج بتزويج الموكل بنفسه بناء على انقضاء الحاجة كما ذكره المصنف فيما بعد . قلنا : قد انقضت الحاجة في مسئلة التوكيل بالطلاق أيضا بتطبيق الموكل بنفسه . لا يقال : قد تقع الحاجة إلى تكرار الطلاق تشديدا للفرقة . لأننا نقول : قد تقع الحاجة إلى التزويج مرة أخرى أيضا فلم يضرع الفرق فتأمل (أو بالخلع أى أن يوكله بأن يخلع امرأته فخلعها) أى فخلعها الموكل (بنفسه) فإن الوكالة تبطل هناك أيضا . قال المصنف في تعليق المسائل المذكورة كلها (لأنه) أى الموكل (لما

كان أنسب ، لكن لما ذكر العود هاهنا جرد ذكرها في هذا الموضع ، والله أعلم . قال (ومن وكل آخر شيء ثم تصرف بنفسه فيها وكل به الخ) ومن وكل آخر شيء من الإيجابات أو الإسقاطات ثم تصرف فيه بنفسه بطلت الوكالة ، فإذا وكله بإعتاق عبده أو بكتابه فأعتقه أو كاتبه بنفسه بطلت ، وكذا لو وكله بتزويج امرأة معينة ثم تزوجه بنفسه حتى لو أباها لم يكن للوكيل أن يزوجه منه لانقضاء الحاجة ، بخلاف ما لو تزوجه الوكيل فأباها فإن له أن يزوجه الموكل لبقاء الحاجة ، وكذا لو وكل بشراء شيء يعينه فاشتره لنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه للمأمور لا لغيره . وكذا لو وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثاً أو واحدة وانقضت عدتها بطلت ولم يكن للمأمور أن يطلقها ، وإنما قيد بقوله ثلاثاً أو واحدة وانقضت عدتها لأنه إذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة أونتين بآنية كانت أو رجعية فإن له أن يطلقها مادامت في العدة . والأصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادراً على الطلاق كان وكيله كذلك وما لا فلا ، وكذا إذا وكل بالخلع فخلعها (قوله لأنه لما

(قوله جرد ذكرها في هذا الموضع) أقول : الصبر في قوله ذكرها راجع إلى المسئلة في قوله ولم يراد هذه المسئلة .

تصرف بنفسه تملز على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة ، حتى لو تزوجها بنفسه وأبانتها لم يكن للوكيل أن يزوجهما منه لأن الحاجة قد انقضت ، بخلاف ما إذا تزوجها الوكيل وأبانتها له أن يزوج الموكل لبقاء الحاجة ، وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه ، فلورده عليه ببيع بقضا قاض ، فمن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى لأن يبيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالزول . وقال محمد رحمه الله : له أن يبيعه مرة أخرى لأن الوكالة باقية لأنه لإطلاق والعجز قد زال ،

تصرف) فيما وكل به (بنفسه تملز على الوكيل التصرف) في ذلك لامتناع تحصيل الحاصل (فبطلت الوكالة) في جميع ما ذكر (حتى لو تزوجها) أي لو تزوج الموكل المرأة التي وكل الآخر بتزويجها منه (بنفسه وأبانتها) أي أبانتها بعد أن تزوجها بنفسه (لم يكن للوكيل أن يزوجهما منه) أي لم يكن للوكيل أن يزوج تلك المرأة المبانة من الموكل مرة أخرى (لأن الحاجة قد انقضت) أي لأن حاجة الموكل قد انقضت بتزويجها بنفسه . أقول : هاهنا كلام : أما أولا فلأن تبرع هذه المسئلة بخفى على التعليل الذى ذكره لبطان الوكالة في المسائل المذكورة ليس بتمام ، لأن الموكل إنما تصرف بنفسه في تزويجها مرة أولى ، فهو الذى تملز على الوكيل التصرف فيه على موجب التعليل المذكور . وفحوى هذه المسئلة أن لا يكون للوكيل تزويجها من الموكل مرة أخرى ، ولا تأثير فيه للتعليل المذكور لأن الموكل لم يتصرف بنفسه في هذه المرة حتى يتصلر على الوكيل التصرف فيها ، فالأولى أن يترك أداة التصريح ويذكر هذه المسئلة على سبيل الاستقلال كما وقع في سائر المعتمرات . وأما ثانيا فلأنه إن أراد بقوله لأن الحاجة قد انقضت أن الحاجة إلى تزويجها مرة أولى قد انقضت فهو مسلم ، ولكن هذا لا ينافى بقاء الحاجة إلى تزويجها مرة أخرى فلا يتم التزويج ، وإن أراد بذلك أن الحاجة إلى تزويجها مطلقا قد انقضت فهو ممنوع ، إذ قد يحتاج الرجل إلى تزويج امرأة واحدة مرارا متتدا لأسباب داعية إليه . فالأولى في تعليل هذه المسئلة ما ذكر في البدائع من أن الأمر بالفعل لا يقتضى التكرار ، فإذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الأمر كما في الأوامر الشرعية (بخلاف ما إذا تزوجها الوكيل) أي بخلاف ما إذا تزوج الوكيل المرأة التي وكل بتزويجها من الموكل (وأبانتها) أي وأبانتها بعد أن تزوجها حيث يكون (له أن يزوج الموكل) تلك المرأة المبانة (لبقاء الحاجة) أي لبقاء حاجة الموكل إلى تزويجها (وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه) أي فباع الموكل ذلك العبد بنفسه يعنى بطلت الوكالة في هذه الصورة أيضا (فلورده عليه) أي فلورده العبد على الموكل (ببيع بقضاء قاض ، فمن أبي يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى) (روى ذلك عنه ابن سبابة كما صرح به في اللخيرة) (لأن يبيعه بنفسه) أي لأن يبيع الموكل ذلك العبد بنفسه (منع له من التصرف) حكما (فصار كالزول) أي فصار ذلك كزول الوكيل عن الوكالة فلا يمود وكذا لا بتجديد الوكالة (وقال محمد : له) أي للوكيل (أن يبيعه) أي أن يبيع ذلك العبد مرة أخرى لأن الوكالة باقية لأنه) أي لأن الوكالة بتأويل التوكيل أو القصد أو باعتبار الخبر وقد مر غير مرة (إطلاق) أي لإطلاق التصرف وهو باق والامتناع إنما كان لعجز الوكيل عن التصرف بخروج العبد عن ملك الموكل (والعجز قد زال) أي وعجز الوكيل قد زال .

تصرف بنفسه تملز على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة) متعلق بجميع ما ذكر ومبناه انقضاء الحاجة ، وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه بطلت ، فلورده عليه ببيع بقضاء ، فمن أبي يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه لأن يبيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالزول . وقيد بقوله بقضاء قاض لأن الموكل إذا قبله بالعيب يمد البيع بغير قضاء فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالإجماع لأنه كالجند المتبدل في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كأن الموكل اشتراه ابتداء . وقال محمد : له أن يبيعه مرة أخرى ، لأن الوكالة .

(قال المصنف : لأن الحاجة قد انقضت) أقول : قال الإقناقي : فلوردهت ولحقت بدار الحرب ثم سبوت وأسلمت فزوجهما إياه الوكيل جاز في قياس أبي حنيفة ، ولم يميز في قول أبي يوسف ومحمد لأنها صارت أمة ، ولكلح الأمة غير مسهود وغير اليهود خارج من مراد المتكلم حينها النبي . وقد سبق أدلة المجتهدين لأسلفهما في التناكح .

بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب لأنه غتار في الرجوع فكان ذلك دليل علم الحاجة ، أما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة : فإذا عاد إليه قديم ملكه كان له أن يبيعه ، والله أعلم :

زال يعود العبد إلى قديم ملك الموكل فعادت الوكالة ، وإنما قيد الرد بالعيب على الموكل بقضاء القاضى لأن الموكل إذا قبله بالعيب بعد البيع بغير القضاء فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالإجماع ، لأن الرد بغير القضاء كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما ، فكان في حق الوكيل كأن الموكل اشتراه ابتداء . وإعلم أنه ذكر في المبسوط مسألة الرد بالعيب بقضاء القاضى من غير خلاف في جواز البيع للوكيل ، ووضع المسئلة في الأمة فقال : ولو باعها الوكيل أو الأمر ثم ردت بعيب بقضاء قاض فللوكل أن يبيعه لأن الرد بالعيب بقضاء قاض نسخ من الأصل وعادت إلى قديم ملك الموكل ، وإن قبلها الموكل بالعيب بغير قضاء بعد قبض المشتري لم يكن للوكيل أن يبيعهها ، وكذلك إن تقابلا البيع فيها لأن هذا السبب كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما ، فكان في حق الوكيل كأن الموكل اشتراها ابتداء ، وكذلك إن رجعت إلى الموكل بمرث أو هبة أو غيرها بملك جديد لم يكن للوكيل بيعها ، لأن الوكالة تعلقت بالملك الأول ، وهذا ملك جديد سوى الأول فلا يثبت فيه حكم الوكالة إلا بتجديد توكيل من المسالك انتهى . ولم يذكر الخلاف أيضا في المسئلة المذكورة في الأصل ولا في الكافي للحاكم الشهيد ولا في شرحه للإمام حلاء الدين الإسيجاني ، ولكن ذكره القموصي في شرحه فقال : قال أبو يوسف رحمه الله : ليس للوكيل أن يبيعه . وقال محمد : له أن يبيعه . ثم أعلم أن صاحب الدياتع بعد أن ذكر الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمه الله في المسئلة المذكورة قال : ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع في عبته لانود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه ، فمحمد يحتاج إلى الفرق بين البيع والهبة ، ووجه الفرق له لم يتضح انتهى . فقد أراد المصنف بيان وجه الفرق بينهما على قول محمد فقال بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب (أى الموكل بنفسه ثم رجع) عن عبته حيث (لم يكن للوكيل أن يهب) مرة أخرى بالإجماع (لأنه) أى لأن الموكل الواهب بنفسه (غتار في الرجوع فكان ذلك) أى كان رجوعه غتارا (دليل عدم الحاجة) إلى الهبة ، إذ لو كان محتاجا إليها لما رجع عنها فكان دليلا على تقضى الوكالة (أما الرد بقضاء) أى أما رد المبيع بقضاء القاضى على الموكل البائع بنفسه فهو (بغير اختياره) أى بغير اختيار الموكل البائع (فلم يكن دليل زوال الحاجة) إلى البيع . أقول : من العجائب ما هنا أن الشارح المعنى قال في شرح قول المصنف : أما الرد بقضاء : أى أما رد الهبة بقضاء القاضى ، وفي شرح قوله بغير اختياره : أى اختيار الواهب حيث زعم أن مراد المصنف بيان الفرق بين رد الهبة بالاختيار وبين ردها بقضاء القاضى وهذا مع كونه غير صحيح في نفسه كيف غفل عن تعلق قوله بخلاف ما إذا وكله بالهبة بمسبق من مسألة توكيله بالبيع ، وماذا يقول في قوله (فإذا عاد إليه) أى إلى الموكل (قديم ملكه كان له) أى للوكيل (أن يبيعه ، والله أعلم) فإنه صريح في أن مراده الفرق بين البيع والهبة . وذكر في التتمة قال محمد : لا يهب الهبة بالبيع ، لأن الوكالة بالبيع لا تنقضى بمباشرة البيع لأن الوكيل بعد مباحة يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة ، فإذا انفسخ البيع والوكالة باقية جاز له أن يبيع له ثانيا بحكمها ، أما الوكالة بالهبة فنتنقضى بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصبح تسليمه ، فإذا رجع الموكل في عبته عاد إليه العبد ولاوكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا انتهى . قال في الدياتع : ثم هذه الأشياء التي ذكرنا أنه يخرج بها الوكيل عن الوكالة سوى الزل والتهى لا يفتقر الحال فيها بين ما إذا علم الوكيل بها أو إذا لم يعلم في حق الخروج عن الوكالة ، لكن تقع الفارقة فيها بين البعض

باقية لأنه إطلاق وهو باق ، والامتناع كان لعجز الوكيل وقد زال ، بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب ، لأن الموكل غتار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة : أما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة ، فإذا عاد إليه قديم ملكه كان له أن يبيعه ، والله أعلم .

(كتاب الدعوى)

والبيض من وجه آخر ، وهو أن الموكل إذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم إلى المشتري يرجع المشتري على الوكيل بالثمن ويرجع الوكيل على الموكل ، فكذا لو دبره وأعتقه أو استمحق أو كان حر الأصل ، وفيها إذا مات الموكل أو جن أو هلك العبد الذي وكل ببيعه أو نحو ذلك لا يرجع . والفرق أن الوكيل هناك وإن صار ممزولا ينصرف الموكل لكنه صابر مغرورا من جهته بترك إعلامه بإيه فصار كغفلا له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة أو ضمان الغرور في الحقيقة ضمان الكفالة ، ومعنى الغرور لا يتقرر في الموت وهلاك العبد والجنون وأحوالها فهو الفرق . ولو وكله بقبض دين له على رجل ثم إن الموكل وهب المال للذي عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك في يده كان لدافع الدين أن يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل ، لأن يد الوكيل يد نيابة عن الموكل ، لأنه قبضه بأمره وقبض النائب كقبض المذنب عنه فكانت قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ، ولو كان كذلك لرجع عليه ، فكذا هذا ، إلى هنا لفظ البدائع .

(كتاب الدعوى)

لما كانت الوكالة بالخصومة التي هي أشهر أنواع الوكالات سببا داهيا إلى الدعوى ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة لأن المسبب يتلو السبب . ثم إن هاهنا أمور من دأب الشراح بيان أمثلها في أوائل الكتب ، وهي معنى الدعوى لغة وشرعا ، وسببها وشرطها وحكمها ونوعها ، فقال صاحب العناية : وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره ، وفي عرف الفقهاء : مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته انتهى . واضطر على بعض الفضلاء بأن المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيبيح فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة إلا أن تؤول بالمشروط بالمطالبة أقول : هذا ساقط لأن كون المطالبة من شرائط صحة الدعوى لا ينافي استقامة تعريف نفس الدعوى بها ، إذ المباينة لصحة الشيء لا تقتضي المباينة للشيء ، ألا يرى أن كل شيء مباین لصحته لكونها وصفا مغايرا له وليس بمباين لنفسه قطعا غاية ما لزم هاهنا أن يكون صحة الدعوى مشروطا بالمطالبة التي هي نفس الدعوى ولا محذور فيه ، فإن صحة الدعوى وصفت لها وتحقق الوصف مشروط بتحقق الموصوف دائما

(كتاب الدعوى)

لما كانت الوكالة بالخصومة لأجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة ، وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره . وفي عرف الفقهاء ما تقدم وهي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته . وسببها تتعلق البقاء المقدس

(كتاب الدعوى)

(قوله وهي مطالبة حق الخ) أقول : فيه أن المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيبيح فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة إلا أن تؤول بالمشروط بالمطالبة .

قال (المدهى من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدهى عليه من يجبر على الخصومة)

وقال صاحب النهاية بعد بيان معناها التقوى والشرعى على وجه البسط والتفصيل : وأما سببا فهو السبب الذى ذكرناه فى النكاح والبيع ، لأن دعوى المدهى لا تخلو إما أن تكون أمرا راجعا إلى إرفاق نسله أو أمرا راجعا إلى بقاء نفسه وما بينهما . وكلاهما قد ذكرا . وأما شرط صحته على الخصوص فجلس القضاء . لأن الدعوى لاتصح فى غير هذا المجلس حتى لا يلبس على المدهى عليه جواب المدهى . ومن شرائط صحته أيضا أن يكون دعوى المدهى على خصم حاضر ، وأن يكون المدهى به شيئا معلوما ، وأن يتعلق به حكم على المطلوب لما أن الفاسدة من الدعوى هى أن لا يكون الخصم حاضرا وأن يكون المدهى به مجهولا ، لأن عند الجهالة لا يمكن للشهود الشهادة ولا للقاضى القضاء به ، وأن لا يلزم على المطلوب شيء بدعواه نحو أن يدعى أنه وكيل هذا الخصم الحاضر فى أمر من أموره ، فإن القاضى لا يسمع دعواه هذه إذا أنكر آخر لأنه يمكنه عزله عن الحال . وأما حكمها فوجوب الجواب على الخصم بنعم أو بلا ، ولهذا وجب على القاضى إحضاره مجلس الحكم حتى يوقى ما استحق عليه من الجواب . وأما أنواعها فثيخان : دعوى صحيحة ، ودعوى فاسدة . فالصحيحة ما يتعلق بها أحكامها وهى إحضار الخصم والمطالبة بالجواب والعين إذا أنكر ، وفى مثل هذه الدعوى يمكن إثبات المدهى بالبينة أو بالنكول ، والدعوى الفاسدة ما لا يتعلق بها هذه الأحكام ، وفساد الدعوى بأحد معنيين : إما أن لا يكون ملازما للخصم شيئا وإن ثبت على ملائنا من أن يدعى على غيره أنه وكيله . والثاني أن يكون مجهولا فى نفسه والمجهول لا يمكن إثباته بالبينة فلا يتمكن القاضى من القضاء بالمجهول لا بالبينة ولا بالنكول انتهى . أقول : فى تحريره نوع اختلال واضطراب ، فإن قوله وأما شرط صحته على الخصوص إلى قوله وأن يتعلق به حكم على المطلوب يدل على أن لصحتها شروطا أربعة : وهى مجلس القضاء ، وحضور الخصم ، وكون المدهى به شيئا معلوما وأن يتعلق به حكم على المطلوب . ويتقضى هذا أن يكون فسادها بأحد أمور أربعة وهى : انتفاءات هذه الشروط الأربعة ، وأن قوله لما أن الفاسدة من الدعوى هى أن لا يكون الخصم حاضرا إلى قوله لأنه يمكنه عزله عن الحال يشعربأن فسادها إنما هو بأمور ثلاثة ، وهى عدم حضور الخصم ، وأن يكون المدهى به مجهولا ، وأن لا يلزم على المطلوب شيء بالدعوى بناء على أن المعروف بلام المجلس إذا جعل مبتدأ كما فى قوله إن الفاسدة من الدعوى فهومقصود على الخبر نحو : الكرم التقوى . والإمام من قريش على ما عرف فى علم العربية ، وأن قوله وفساد الدعوى بأحد معنيين الخ يدل على أن فسادها بأحد الأمرين لا غير ، لأن إضافة المصدر كما فى قوله وفساد الدعوى تفيد القصر نحو ضربى زيدا فى الدار على مانص عليه العلامة التفتازانى فى شرح التلخيص . ثم إن قوله وأما أنواعها فثيخان لا يخلو عن مناجاة ظاهرة حيث حمل التنبيه على الجميع بالمواطأة (قال) أى القدورى فى مختصره (المدهى من لا يجبر على الخصومة إذا تركها ، والمدهى عليه من يجبر على الخصومة) ورد عليه صاحب الإصالح والإيضاح

بمعاطى المعاملات ، لأن المدهى به إما أن يكون راجعا إلى النوع أو الشخص . وشرطا حضور خصمه ومعلومية المدهى به وكونه ملازما على الخصم ، فإن ادعى على غائب لم تسمع ، وكذا إذا كان المدهى به مجهولا لعدم إمكان القضاء . ولو ادعى أنه وكيل هذا الحاضر وهو منكر فلكل إمكان عزله عن الحال . وحكم الصحيحة منها وجوب الجواب على الخصم بالنفى أو بالإثبات . وشرعيتها ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالقضاء دفعا لفساد المثلون ببقائها ، وفى دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها كثرة . قال (المدهى من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدهى عليه من يجبر على الخصومة الخ) الدعوى لاتخصل إلا من مدع على مدعى عليه ، فعرفة الفرق بينهما من أهم ما يتقضى عليه مسائل الدعوى ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « البينة على المدهى والعين على من أنكره » فلا بد من معرفتهما . وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه . فمنها ما قال فى الكتاب : يعنى القدورى : المدهى من لا يجبر على الخصومة إذا تركها ، والمدهى عليه من يجبر على الخصومة ، وهو حد عام صحيح . وقيل :

(قوله إما أن يكون راجعا إلى النوع) أقول : كما فى دعوى التلب (قوله بل من حيث) أقول : لتعليل .

ومعرفة الفرق بينهما من أهم مايتقى عليه مسائل الدعوى . وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه ، فنها مقال في الكتاب وهو حدّ عام صحيح . وقيل المدعى من لا يستحق إلا بحجة كالتأرجح ، والمدعى عليه من يكون مستحقاً بقوله من غير حجة كذلى اليد ،

حيث قال في مته : المدعى من لا يجبر على الخصومة : وقال في شرحه لم يقل إذا تركها كما قال القندورى ومن تبعه لأنه غير مجبور حالى الترك والفعل ، والقيّد المذكور يوم الاختصاص انتهى . أقول : فيه بحث إذ على تقدير تركه قيل الترك يلزم أن ينتقض تعريف المدعى بالمدعى عليه حالة الفعل فإنه يصدق عليه في هذه الحالة أنه لا يجبر على الخصومة ضرورة عدم تصور الجبر على الفعل حالة حصوله . وأما إيهام القيد المذكور الاختصاص فمنوع لاندفاعه بشهادة ضرورة العقل على عدم تصور الجبر حالة الفعل (ومعرفة الفرق بينهما) أى بين المدعى والمدعى عليه (من أهم ما يتقى عليه مسائل الدعوى) فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : البينة على المدعى واليمين على من أنكره والإنسان قد يكون مدّعياً صورة ومع ذلك يكون القول قوله مع يمينه كما في المودع إذا ادعى رد الوديعة على ما ذكر في الكتاب فلا بد من معرفتهما (وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه) أى في الفرق بينهما (فنها مقال في الكتاب) يعنى مختصر القندورى (وهو حدّ عام صحيح ، وقيل المدعى من لا يستحق إلا بحجة) وهى البينة أو الإقرار أو النكول على قول من يرى أنه ليس بإقرار كما سيعلم في باب اليمين (كالتأرجح ، والمدعى عليه من يكون مستحقاً بقوله من غير حجة كذلى اليد) قال صاحب العناية : وهو ليس بهام : أى جامع لعدم تناوله صورة المودع إذا ادعى رد الوديعة انتهى . أقول : يمكن توضيح كلامه وتقرير مرامه بوجهين : أحدهما أنه يقبل في تلك الصورة لا يستحق شيئاً ، فلا يمينه كما سيجىء في الكتاب فلا يصدق عليه أنه لا يستحق إلا بحجة ، وثانيهما أن المودع في تلك الصورة لا يستحق شيئاً ، فلا يصدق عليه أنه يستحق بحجة . ثم أقول : يمكن الجواب عن الوجهين معا بأنه سيجىء في الكتاب أن الاعتبار عند الحذاق من أصابنا للمعانى دون الصور ، فلهذا أن المودع إذا قال رددت الوديعة فالقول مع اليمين ، وإن كان مدهياً لارد صورة لأنه ينكر الضمان فيجوز أن يكون مدار التعريف المذكور على المعنى المتعبر دون الصورة ، فحينئذ لا ضرر في عدم تناول تعريف المدعى صورة المودع إذا ادعى رد الوديعة لعدم كونه مدهياً حقيقة أو معنى . ويمكن جواب آخر عن الوجه الأول بأن المودع من حيث أنه مدّعٍ رد الوديعة لا يستحق إلا بحجة ، وأما استحقاقه بقوله فلانها هو من حيث أنه مدعى عليه ، وبالجملة قيد الحقيقة معتبر . وقال صاحب العناية بعد قوله المذكور : ولعله غير صحيح لأن المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره انتهى . أقول : ويمكن الجواب عن هذا أيضاً بأن دفع استحقاق غيره لا ينافى استحقاق نفسه ، بل يقتضيه بناء على أن المحقوق لا تتحقق بدون المستحق ، فكأن المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره لا ينافى صحة تعريفه بمن يكون مستحقاً بقوله ، ومن هذا قال صاحب الكافي وصاحب الكفاية في بيان تعريف المدعى عليه بمن يكون مستحقاً بقوله من غير حجة ، فإنه إذا قال هو لى كان مستحقاً ما لم يثبت الغير استحقاقه . فإن قلت : صيغة الفعل تفيد التجدد والحديث على ماقرر في علم العربية فيكون معنى

المدعى من لا يستحق إلا بحجة : يعنى البينة أو الإقرار كالتأرجح ، والمدعى عليه من يكون مستحقاً بقوله من غير حجة كذلى اليد ، وهو ليس بهام : أى جامع لعدم تناوله صورة المودع إذا ادعى رد الوديعة ، ولعله غير صحيح لأن المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره . وقيل : المدعى من ياتمس غير الظاهر ، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ، وبمعناه قول من قال : المدعى كل

(قوله يعنى البينة أو الإقرار) أقول : أى بإقرار المدعى عليه (قوله لعدم تناوله صورة المودع) أقول : إذ لا يصدق عليه أنه لا يستحق إلا بحجة حيث يقبل قوله أيضاً مع يمينه بل هو لا يستحق لشيء وهذا هو الأول في توجيه النقض (قوله إذا ادعى رد الوديعة) أقول : فإنه لا يستحق لشيء (قوله ولعله غير صحيح لأن المدعى عليه البينة) أقول : قد مر في الدرس السابق أن لدوام الأمور المستمرة الغير اللازمة تحكم الابتداء مع أن في المودع من أن يقول من يستحق بقوله إلى قوله من يكون مستحقاً لإعلاء إلى دفع هذا الكلام لأن معناه من يكون استحقاقه دائماً ثلاثة الاسم على المودع والبيات ،

وقيل المدعى من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر.

من يكون مستحقاً بقوله من يتجدد ويحدث استحقاقه بقوله مع أن استحقاق المدعى عليه لا يتجدد ولا يحدث بقوله بل يكون باقياً على ما كان عليه قبل الدعوى . قلت : هذه مناقشة لفظية يمكن دفعها أيضاً بأن يقال : المراد بمن يكون مستحقاً بقوله من يكون ثابتاً على الاستحقاق بقوله على أن يكون مستحقاً عازراً ثابتاً على الاستحقاق بقرينة قوله كذا لدى البد . ونظير هذا ما ذكره المفسرون في قوله تعالى - اهدنا الصراط المستقيم - من أن معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم ، فالنبي يازم حينئذ من صيغة الفعل في تعريف المدعى عليه بما ذكر أن يتجدد الثبات على الاستحقاق لا أن يتجدد نفس الاستحقاق ولا بخود فيه .

وأجاب بعض الفضلاء عما ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال : قد مر في الدرس السابق أن الدوام الأمور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء ، مع أن في المدول من أن يقول من يستحق بقوله إلى قوله من يكون مستحقاً بقوله إجماعاً إلى دفع هذا الكلام ، لأن معناه من يكون استحقاقه دائماً لدلالة الاسم على الدوام والثبات اه . أقول : في كل من شئ جوابه نظر : أما في شقة الأول فلائنا سلمنا أن لدوام الصفات الغير اللازمة حكم الابتداء على ما مر في أوائل الباب السابق . ولكن لا نسلم أن مانعاً فيه من ذلك التبدل فتأمل . وأما في شقة الثاني فإنه لا يذهب على من له درجة بالعلم الأدبية أنه لا فرق بين أن يقول من يستحق بقوله وبين قوله من يكون مستحقاً بقوله في إفادة التجدد والحدوث ، لأن صلة من في كل واحد منهما جملة فعلية فتبدل على التجدد والحدوث قطعاً ، وكون الخبر اسماً في الثانية مما لا مدخل له في إفادة الدوام والثبات أصلاً . على أن الثبات من

محقق النجاة كالرضى وأضرابه صرحوا بأن ثبوت خبر باب كان مقترن بالزمان الذي يدل عليه صيغة الفعل الناقص ، إما ماضياً أو حالاً أو استقبالياً ، فكان للماضى ويكون للحال والاستقبال وكن للاستقبال . وقال الفاضل الرضى : ذهب بعضهم إلى أن كان يدل على استمرار مضمون الخبر في جميع الأزمن الماضي ، وشبهته قوله تعالى - وكان الله سميعاً بصيراً - ودخل أن الاستمرار مستفاد من قرينة وجوب كون الله سميعاً بصيراً لا من لفظ كان ، ألا يرى أنه يجوز أن زيد دائماً فاسيقظ ، وكان قياس ما قال أن يكون كن ويكون للاستمرار أيضاً . وقول المصنف فكان تكون ناقصة لثبوت خبرها دائماً أو متقطعة رد على ذلك القائل يعني أنه يسمى دائماً كما في الآية ، ومتقطعة كما في قوله كان زيد دائماً ، ولم يدل لفظ كان على أحد الأمرين بل ذلك إلى القرينة ، إلى هنا كلامه . فقد تقرر من هذا أنه لا دوام في مضمون خبر كان عند المحققين ، وإنما ذهب إليه بعض ذهبوا . وأما الدوام في خبر يكون الذي كلاً ما فيه فما لم يذهب إليه أحد قط ، فما ذكره ذلك المصنف خارج عن قواعد العربية بالكلية ، نعم لو كان المذكور في التعريف من هو مستحق بقوله بالجملة الاسمية لم الفرق وليس فليس (وقيل المدعى من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر) قال صاحب العناية : ولعله منقوض بالمودع فإنه مدعى عليه ، وليس يتمسك بالظاهر إذ رد الدوامة ليس بظاهر ، لأن الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال ، ولهذا قلنا : إذا ادعى المدينون برامة دتمه بدفع الدين إلى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب المال لأن المدين يدعي برامة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلاً . ويجوز أن يورد بالعكس بأنه مدع ويتمسك بالظاهر . وهو عدم الضمان اه . أقول : فيه بحث ، إذ لا نسلم أن المودع من حيث هو مدعى عليه

من ادعى باطلنا ليزيل به ظاهراً ، والمدعى عليه من ادعى ظاهراً وقرار الشيء على ماهيته ، والظاهر كون الأملاك في يد المالك وبرامة الذم ، فالمدعى هو من يريد إزالة الظاهر والمدعى عليه يريد قراره على ما كان عليه ، ولعله منقوض بالمودع ، فإنه مدعى عليه وليس يتمسك بالظاهر ، إذ رد الدوامة ليس بظاهر لأن الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال ، ولهذا قلنا : إذا ادعى المدينون برامة دتمه بدفع الدين إلى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب المال ، لأن المدين يدعي برامة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلاً ، ويجوز أن يورد بالعكس بأنه مدع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان . وقال محمد :

(قوله ولعله منقوض بالمودع الخ) أقول : ويتوقف باعتبار فيه الحيفية في كلا التصريفين .

وقال محمد رحمه الله في الأصل : المدعى عليه هو المنكر ، وهذا صحيح لكن الشأن في معرفته والرجوع بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لأن الاعتبار للمعاني دون الصور ، فإن المودع إذا قال رددت الودعة فالقول له مع اليقين وإن كان مدعيا لرد صورة لأنه ينكر الضمان .

ليس هو بمتمسك بالظاهر . قوله إذا رد الودعة ليس بظاهر . قلنا : مسلم لكن لانسلم تمسكه به من حيث هو مدعى عليه ، بل هو من هذه الحثية متمسك بعدم الضمان وهو الظاهر ، وكلنا لانسلم أنه من حيث هو مدع يتمسك بالظاهر بل هو من هذه الحثية متمسك غير الظاهر وهو رد الودعة . والحاصل أن صاحب المنايا زعم حثية كون المودع مدعيا حثية كونه مدعى عليه وبالعكس فأورد النقض على تعريفهما ، وليس الأمر كما زعمه ، كيف ولو تم ما زعمه لورد النقض بالمودع إذا أدى رد الودعة على التعريف الأول أيضا بأنه مدع رد الودعة ويغير على الخصومة مع أنهم اتفقوا على أنه حذ عام صحيح . ثم إن ما ذكرناه كله على تسليم اعتبار جانب الصورة أيضا فيا أدى المودع رد الودعة ، وأما على تقدير أن كان المتبر هو جانب المعنى دون جانب الصورة كما ذكرناه من قبل وسيجيء في الكتاب فلا يتوجه النقض بالعكس أصلا . واعترض بعض العلماء على بعض مقدمات ما ذكره صاحب المنايا ها هنا حيث قال : فيه كلام ، وهوان في صورة الودعة ليس في ذمة المودع شيء من المال حتى يكون دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد الشغل ، بل إنما هي مجرد إنكار الضمان وثبوت الشيء في ذمته ، بخلاف صورة الدين ، وأشير إلى هذا في الكافي اه . أقول : نعم قد أشير إليه ، بل صرح به في الكافي وعامة الشروح . والظاهر أن صاحب المنايا رآه وأعلم عليه ولكن بعد ذلك أنه أن يقول سلمنا أن في صورة الودعة ليس في ذمة المودع شيء من المال ، ولكن في عهدته حفظ مال الودعة ، إذ قد تقرر في كتاب الودعة أنها عقد استحفاظ ، وأن حكمها وجوب الحفظ على المودع فكان دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد اشتغال ذمته بالحفظ ، والفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال فيتمشى كلامه ، ويتم مراده . وأما قوله ولهذا قلنا إذا أدى المدينون برامة ذمته بدفع الدين الخ ، فيجوز أن يكون مبنيًا على مجرد الاشتراك بين المدينين في كون الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال ، وإن كانتا مختلفتين بكون الاشتغال في إحداها بالمال وفي الأخرى بالحفظ ، فالذي يقطع عرق لإيراد صاحب المنايا ها هنا ما قدمناه لا غير (وقال محمد رحمه الله : في الأصل المدعى عليه هو المنكر ، وهذا صحيح) لما ورد من قول النبي صلى الله عليه وسلم « واليمين على من أنكر » وروى « اليقين على المدعى عليه » (لكن الشأن في معرفته أي معرفة المنكر (والرجوع بالفقه) أي بالمعنى دون الصورة (عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لأن الاعتبار للمعاني دون الصور فإن المودع إذا قال رددت الودعة فالقول له مع اليقين وإن كان مدعيا لرد صورة لأنه ينكر الضمان) تحليل لقوله فالقول له مع اليقين . قال صاحب المنايا : يعني إذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لإحداها على الأخرى يكون بالفقه : أي باعتبار المعنى دون الصورة ، فإن المودع إذا قال رددت الودعة فهو يدعى الرد بصورة ، فلو أقام على ذلك بينة قبلت ، والقول له مع يمينه أيضا فكان مدعى عليه ، فإذا أقام اليقينة اعتبر الصورة ، وإذا حجز عنها اعتبر معناها ، فإنه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه اه . أقول : شرح هذا المقام بهذا الوجه لا يكايد يصح . أما أولا فلأنه غير مطابق للتشروح لأن قول المصنف والرجوع

في الأصل : المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قوله صلى الله عليه وسلم « واليمين على من أنكر » وروى « اليقين على المدعى عليه » لكن الشأن في معرفة من أنكر والرجوع بالفقه عند الحذاق من أصحابنا : يعني إذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لإحداها على الأخرى يكون بالفقه : أي باعتبار المعنى دون الصورة ، فإن المودع إذا قال رددت الودعة فهو يدعى الرد بصورة ، فلو أقام على ذلك بينة قبلت والقول قوله مع يمينه أيضا فكان مدعى عليه ، فإذا أقام اليقينة اعتبر الصورة ، وإذا حجز عنها اعتبر

(قوله يمين إذا تعارض الجهتان الخ) أقول : المراد باليهنتين الإنكار الصوري والإنكار المعنوي لا الادماء الصوري والإنكار المعنوي على ما يتوهم من ظاهر كلامه ، فإن كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة الرد أيضا فلا يظهر ترجيح للمعنى .

قال (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره)

بالفقه عند الحلقاء من أصحابنا رحمهم الله ، لأن الاعتبار للمعاني دون الصور صريح في أن المعنى هو المعاني لا غير : وقول صاحب النجاة : فإذا أقام البينة اعتبر الصورة وإذا عجز عنها اعتبر معناه بخلاف له لأنه صريح في أن الصورة أيضا معتبرة فيصير هذا من قبيل العمل بالمعنيين لا من قبيل ترجيح إحداهما على الأخرى . وأما ثانيا فلأن أول هذا الشرح يخالف لآخره ، فإن قوله في الأول إذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لإحداهما على الأخرى يكون بالفقه : أى باعتبار المعنى دون الصورة ، صريح في أن المعنى جهة المعنى دون جهة الصورة ، وقوله في الآخر فإذا أقام البينة اعتبر الصورة وإذا عجز عنها اعتبر معناه ، صريح في أن كلتا الجهتين معتبرتان . ثم إن بعض الفضلاء قصد توجيه كلام صاحب النجاة هاهنا وتبيين مراده فقال : المراد بالمعنيين الإنكار الصورى والإنكار المعنوى لا الادعاء الصورى والإنكار المعنوى على ما توهم من ظاهر كلامه ، فإن كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة الرد أيضا فلا يظهر ترجيح المعنوى له . أقول : هذا أيضا غير صحيح . أما أولا فلأن الشرح لا يطابق المشروح حيث لا أيضا ، فإن قول المصنف لأن الاعتبار للمعاني دون الصور فلأن المدعى إذا قال رددت الودعة فاقول له مع البينة . وإن كان مدعيا للرد صورة يدل قطعا على أن المراد بالصورة هاهنا الادعاء الصورى حيث جعل الصورة قبلا للادعاء في قوله وإن كان مدعيا للرد صورة . وأما ثانيا فلأنه لا معنى للتعارض بين الإنكار الصورى والإنكار المعنوى . لأنه إما أن يراد بالتعارض هاهنا مجرد التخالف في الحقيقة أو التناقض في الصدق ، وكلاهما غير متحقق بين الإنكار الصورى والإنكار المعنوى . أما عدم تحقق الأول بينهما فظاهر ، وأما عدم تحقق الثاني بينهما فلأن المنكر المعنوى فيما إذا قال المدعى رددت الودعة هو المدعى بالفتح حيث ينكر الضمان ، والمنكر الصورى هو المدعى بالكسر حيث ينكر الرد ، ولا تناقض بين إنكاريهما في الصدق بخلاف أن يصدق معا بأن لا يرد المدعى الودعة ولا يجب الضمان عليه هلاك الودعة في يده من غير تعدد منه ، فإذا لم يتحقق شيء من معنى التعارض بينهما فكيف يصح أن يحمل عليه الجهتان في قوله : يعنى إذا تعارض الجهتان . وأيضا إنما يتصور التعارض بين الشئتين عند اجتماعهما في محل واحد ، وعمل الإنكار الصورى مغاير لمحل الإنكار المعنوى فيما نحن فيه لقيام أحدهما بالمدعى بالكسر والآخر بالمدعى بالفتح فلا يتصور التعارض بينهما . بخلاف الادعاء الصورى والإنكار المعنوى فإنه يتحقق بينهما التعارض بالمعنى الأول قطعا ، وعملهما واحد وهو المدعى بالفتح فكان موقعا للتعارض ونتم ما قبله . ولن يصلح العطار ما أفسد الدهر . ثم إن الحق عندي أن يشرح هذا المقام على ما تقتضيه عبارة المصنف ، وهو أنه إذا تمارضت الجهتان : أى جهة الادعاء الصورى وجهة الإنكار المعنوى فالترجيح بالفقه : أى بالمعنى عند الحلقاء من أصحابنا ، فإن الاعتبار للمعاني دون الصور ، فإن المدعى إذا قال رددت الودعة فاقول له مع بينة بناء على أنه ينكر الضمان معنى ولا يعتبر كونه مدعيا للرد صورة ، وأن يقال في وجه قبول بينة المدعى في تلك الصورة : إنما تقبل بينة المدعى إذا أقامها على الرد لنفع البينة عنه ، فإن البينة قد تقبل لدفع البينة على ما صرحوا به في مواضع شتى من كتب الفقه ، منها ما ذكره صدر الشريعة في شرح الوافية في مسألة اختلاف الزوجين في قدر المهر حيث قال : إن المرأة تدعى الزيادة ، فإن أقامت بينة قبلت ، وإن أقام الزوج تقبل أيضا لأن البينة تقبل لدفع البينة كما إذا أقام المدعى بينة على رد الودعة على المالك تقبل له . فحينئذ يتضح المراد ويرتفع التساؤل (قال) أى القدورى في مختصره (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه) كالدرهم والدنانير والخطبة وغير ذلك (وقدره) مثل كذا وكذا درهما أو ديناراً أو كراً . وأعلم أن هذا في دعوى الدين لا في دعوى العين ، فإن العين إذا كانت حاضرة تكن الإشارة إليها بأن هذه ملكي ، وإن كانت غائبة يجب أن يذكر قيمتها على ما سيفصل . فإن قلت : عبارة الكتاب لا تدل على التقييد .

معناها ، فإنه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع بينة . قال (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره) الخ قد ذكرنا أن معلومة المدعى به شرط لصحة الدعوى فلا بد من ذكر ما يعينه من بيان جنسه كالدرهم والدنانير والخطبة وغير ذلك ، وقدره مثل كذا وكذا درهما أو ديناراً أو كراً ، لأن فائدة الدعوى الإلزام بإقامة الحجة ، والإلزام في المجهول غير متحقق ،

لأن فائدة الدعوى الإلزام بواسطة إقامة الحجة ، والإلزام في المجهول لا يتحقق (فإن كان عينا في يد المدعى عليه كلف إحضارها ليشير إليها بالدعوى ، وكذا في الشهادة والاستحلاف ، لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلغ في التعريف ، ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور ، وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر ،

قلت : نعم ، إلا أن العبارة وقعت كذلك في عامة معتبرات الثون فلعلها بناء على انفعالها المراد بها بما يذكر بعدها من تفصيل أحوال دعوى الأعيان . ومع هذا قد تصدى صدر الشريعة في شرح الوقاية لبيان المراد بها على ما بيناه أيضا للمقام . وأما بعض المتأخرين فلما فهموا الخفاء فيها غيروها في متنهم إلى التصريح بكل نوع من الدعاوى على حدة مع بيان شرائطه الخصوصية . قال المصنف في تبليغ المسئلة المذكورة (لأن فائدة الدعوى الإلزام) أي الإلزام على الخصم (بواسطة إقامة الحجة ، والإلزام في المجهول لا يتحقق . أقول : فيه بحث ، وهو أن عدم تحقق الإلزام في المجهول ممنوع ، إذ قد تقررت في كتاب الإقرار بالإنكار بالمجهول صحيح . وقد مر في صدر كتاب الدعوى أن حكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب على الخصم إما بالإقرار وإما بالإنكار ، فعلى تقدير أن أجاب الخصم بالإقرار يمكن الإلزام عليه في المجهول أيضا لكونه مؤاخذا بإقراره فينبغي أن تصح الدعوى فيه أيضا لظهور فائدتها على تقدير الجواب بالإقرار . وبالحملة إن الإلزام كما يتحقق بواسطة حجة البينة كذلك يتحقق بواسطة حجة الإقرار ، فإن لم يتصور الأول في دعوى المجهول يتصور الثاني فيها فلا يتم المطلوب . لا يقال : إقرار الخصم محتمل لاحتمال فلا يتحقق الإلزام في دعوى المجهول بل يحتمل . لأننا نقول : المراد بتحقيق الإلزام الذي عد فائدة الدعوى إسكان محققه دون وقوعه بالفعل ، وإلا يلزم أن لا يتحقق الفائدة في كثير من دعاوى المعلوم أيضا ، كما إذا عجز المدعى عن البينة ولم يقر الخصم بما ادعاه بل أنكر وحلف إذ حينئذ لا يقع الإلزام بالفعل قطعا (فإن كان) أي المدعى (عينا في يد المدعى عليه كلف إحضارها) أي كلف المدعى عليه إحضار العين المدعاة إلى مجلس الحكم (ليشير) أي المدعى (إليها بالدعوى) هذا الذي ذكره لفظ القندوري في مختصره . قال المصنف (وكذا في الشهادة والاستحلاف) يعني إذا شهد الشهود على العين المدعاة أو استحلقت المدعى عليه عليها كلف إحضارها إلى مجلس الحكم ليشير الشهود إليها عند أداء الشهادة ، وليشير المدعى عليه إليها عند الحلف (لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط ، وذلك بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلغ في التعريف) حتى قالوا في المقولات التي يتصلر نقلها كالرحى ونحوه حضر القاضي عندها أوبعث أمينا ، كذا في الكافي وغيره (ويتعلق بالدعوى) أي بالدعوى الصحيحة : أي بمجرد دعائها ، كذا في النهاية ومعراج الدزاية (وجوب الحضور) أي وجوب حضور الخصم مجلس القاضي (وعلى هذا القضاة) أي على وجوب حضور الخصم مجلس القاضي بمجرد الدعوى الصحيحة القضاة . والأصل فيه قوله تعالى - وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون - إلى قوله - بل أولئك هم الظالمون - . ساءم ظالمين لإعراضهم عند الطلب (من آخرهم) أي من آخرهم إلى أولئك وقال صاحب النهاية : أي بجمعهم ، وهذا أيضا صحيح بالنظر إلى المسأل . وقال تاج الشريعة : أي من أولئك إلى آخرهم واتقوا أثره صاحب العناية ، وهذا بعيد عن عبارة المصنف كما لا يخفى (في كل عصر) فإن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه فعله ، وعثمان وعلى رضى الله عنهما فعلا ذلك ، والتابعون بعد

فإن كان المدعى به عينا في يد المدعى عليه كلف إحضارها إلى مجلس الحكم للإشارة إليها في الدعوى والشهادة والاستحلاف لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط نفيا للجهالة ، وذلك في المنقول بالإشارة لأن النقل ممكن ، والإشارة أبلغ في التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه ، بخلاف ذكر الأوصاف فإن اشتراك شخصين فيها ممكن ، فإذا حضر شخص عند حاكم وقال في حلى

(قوله فإن كان المدعى به عينا في يد المدعى عليه كلف إحضارها إلى مجلس الحاكم للإشارة إليها) أقول : يعني كلف المدعى عليه إحضار تلك العين للإشارة إلى تلك العين (قوله والإشارة أبلغ في التعريف لكونها بالغ) أقول : يعني لكون الإشارة .

ووجوب الجواب إذا حضر ليفيد حضوره ولزوم إحضار العين المدعاة لما قلنا واليمين إذا أنكركه ، وسنذكره إن شاء الله تعالى . قال (وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير للمدعى معلوما) لأن العين لا تعرف بالوصف . والقيمة تعرف به وقد تملأ مشاهدة العين .

الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين فعلوا ذلك من غير تكبر منكر ، وابن أبي ليلى كان يفعل ذلك ولم ينكر عليه أبو حنيفة رحمه الله ، إلى غير ذلك من المجتهدين فحل محل الإجماع (ووجوب الجواب إذا حضر) عطف على وجوب الحضور : أى ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضا وجوب الجواب على المدعى عليه بنم أو بلا (ليفيد حضوره) أى حضور الخصم : فإن المقصود من حضوره الجواب (ولزوم إحضار العين المدعاة) أى ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضا لزوم أن يحضر المدعى عليه العين المدعاة إلى مجلس القاضى (لما قلنا) إشارة إلى قوله ليثير إليها بالدعوى (واليمين) بالجرح عطف على إحضار العين المدعاة ، فالمدعى : ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضا لزوم اليمين على المدعى عليه (إذا أنكركه) أى إذا أنكرك المدعى عليه ما ادعاه المدعى وعجز المدعى عن البينة (وسنذكره إن شاء الله تعالى) أى وسنذكر لزوم اليمين على المدعى عليه فى آخر هذا الباب : قال : وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها (هذا لفظ القدرورى فى مختصره : أى وإن لم تكن العين المدعاة حاضرة فى يد المدعى عليه بل كانت غائبة لا يدرى مكانها ذكر المدعى قيمة العين المدعاة الغائبة (ليصير المدعى معلوما) فتصبح الدعوى بوقوعها على معلوم (لأن العين لا تعرف بالوصف) لإمكان مشاركة أعيان كثيرة فيه ، وإن بولغ فيه فذكر الوصف لا يفيد (والقيمة تعرف به) أى والقيمة شيء تعرف العين به فذكرها يفيد (وقد تملأ مشاهدة العين) جملة حالية من قوله والقيمة تعرف به : أى والقيمة شيء تعرف به : يعنى والحال أن المشاهدة متعذرة فيكون ذكر القيمة إذ ذاك أقصى ما يمكن الإطلاع . وقد جعل صاحب العناية

فلان كلما درهما مثلا أشخص إليه ، لأن الصحابة رضى الله عنهم فعلوا كذلك ، فيجب على المطلوب حضوره فى مجلس الحكم . على هذا التقضاة من أولهم إلى آخرهم : أى أجمعوا . والأصل فيه قوله تعالى .. وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون - إلى قوله - بل أولئك هم الظالمون - سهام ظالمين لإعراضهم عن الطلب ، فإذا حضر وجب عليه الجواب بالإقرار أو الإنكار ليفيد حضوره ، ولزم عليه إحضار المدعى به لما قلنا من الإشارة إليها ، ولزم عليه اليمين إذا أنكركه وهجر المدعى عن إقامة البينة ، وسنذكره : أى وجوب اليمين عليه فى آخر هذا الباب . قال (وإذا لم تكن حاضرة لزمه ذكر قيمتها) يعنى إذا وقع الدعوى فى عين غائبة لا يدرى مكانها لزم المدعى ذكر قيمتها (ليصير المدعى به معلوما) وذكر الوصف ليس بكاف (لأن العين لا تعرف بالوصف) وإن بولغ فيه لإمكان المشاركة فيه كما مر ، فذكره فى تعريفها غير مفيد (والقيمة) شيء (تعرف به) العين فذكرها يكون مفيدا ، وقوله (وقد تملأ مشاهدة العين) جملة حالية من قوله لأن العين لا تعرف بالوصف :

(قوله لأن الصحابة رضى الله عنهم فعلوا كذلك) أقول : فيه تأمل (قوله على هذا التقضاة من أولهم إلى آخرهم) أقول : الموافق لظاهر عبارة الهادية من آخرهم إلى أولهم (قوله أى أجمعوا الخ) أقول : يجوز أن يكون تفسير المتعلق على هذا التقضاة ، وأن يكون تفسيرا لقوله من أولهم إلى آخرهم (قال المصنف : وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير للمدعى معلوما) أقول : قال العلامة التنسى فى الكافى : إن المدعى وإن لم يبين القيمة وقال غصب من عين كذا ولا أدري أنه حالك أو قائم ولا أدري كم كانت قيمته ذكر فى حاشية الكتاب أنه تسع دعواء لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله ، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به انتهى . وعزاه إلى القاضى شمر الدين ومسابح الدخيرة . وقال العلامة الزيلعى فى شرح الكنز : فإذا سقط بيان القيمة من المدعى سقط من الشهود أيضا بل أول لأنهم أبعد من ممارسة (قال المصنف : والقيمة تعرف به وقد تملأ مشاهدة العين) أقول : حال من التمسير المستقر فى قوله تعرف به واليمين تقوم مقام البينة إلى غير الحال لاتحادهما ، ويجوز أن يتنازع قوله تعرف بالوصف وقوله تعرف به فى الحال (قوله إذا وقع الدعوى ، إلى قوله فذكرها يكون مفيدا) أقول : يعنى أن العين لا تعرف بالوصف وإن بولغ فى الوصف لإمكان المشاركة فى الوصف كما مر ، فذكر الوصف فى تعريف العين الغائبة غير مفيد والقيمة شيء تعرف به والعين فذكر القيمة يكون مفيدا (قوله جملة حالية من قوله لأن العين الخ) أقول : بل من قوله والقيمة تعرف به فله أقرب لفظا ومعنى .

وقال الفقيه أبو الليث : يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة .

الجملة المزبورة حالية من قوله لأن العين لا تعرف بالوصف فعليك الاختبار ثم الاختيار (وقال الفقيه أبو الليث : يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة) قال صاحب الكافي نقلا عن القاضي فخر الدين وصاحب الذخيرة : وإن كان العين غائبا وادعى أنه في يد المدهي عليه فأكثر أن بين المدهي قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بيته ، وإن لم يبين القيمة وقال غصب مني عين كذا ولا أدري أنه هالك أم قائم ولا أدري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب أنه تسمع دعواه ، لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله ، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به اه . وقال صاحب النهاية والكفاية نقلا عن الإمام فخر الإسلام البردوي : إذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغي للقاضي أن يكلف المدهي بيان القيمة ، وإذا كلفه ولم يبين تسمع دعواه لأن الإنسان قد لا يعرف قيمة ماله ، فلو كلفه بيان القيمة فقد أضرب به ، إذ يتعذر عليه الوصول إلى حقه ، ثم قال : وإذا سقط بيان القيمة من المدهي سقط عن الشهود بالطريق الأولى اه . وقال الإمام الزيلعي في شرح الكزب بعد نقل ما ذكر في الكافي : فإذا سقط بيان القيمة عن المدهي سقط عن الشهود أيضا ، بل أولى لأنهم أبعد عن ممارسته اه . وقال صاحب الدرر والفرر بعد نقل ما في الكافي : أقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليقين على الخصم إذا أنكر ، وأجبر على البيان إذا أقر أو نكل عن التبين فليتأمل ، فإن كلام الكافي لا يكون كافيا إلا بهذا التحقيق ، الحمد لله على التوفيق انتهى . أقول : يرد عليه أن ما ذكره من الفائدة جار في جميع صور دعوى المجهول ديناً كان أو عيناً ، فيقتضى صحة دعوى المجهول مطلقاً مع أنهم صرحوا بأن من شرط صحة الدعوى كون المدهي معلوماً غير مجهول ، وأن رواية صحة دعوى العين مع جهالة القيمة إنما وردت في دعوى العين الغائبة فقط . ويمكن أن يقال في دفعه إن مجرد جريان الفائدة المذكورة في جميع صور دعوى المجهول لا يقتضى صحة دعوى المجهول مطلقاً ، بل لا بد لصحة الدعوى من علة متضمنة لما غير فائدة مرتبة عليها ، وقد بينا تحقق العلة المتضمنة لصحة الدعوى في صورة دعوى العين الغائبة المجهولة ، وهي أن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله ، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به . وبني بيان الفائدة فيها فبينها صاحب الدرر والفرر ، بخلاف سائر صور دعوى المجهول إذ لم يتحقق فيها علة متضمنة لصحة الدعوى فلا يفيد جريان الفائدة المذكورة فيها ، ولكن يرد حينئذ أن يقال : إن مثل تلك العلة المذكورة يتحقق في غير تلك الصورة أيضاً من صور دعوى المجهول ، كما إذا كان لورث رجل ديون في ذم الناس ولم يعرف الوارث جنس تلك الديون ولا قدرها أو لم يعرف أحدهما ، فلو كلف ذلك الوارث في دعوى تلك الديون على المدينين ببيان جنسها أو قدرها لتضرر به ، إذ الإنسان ربما لا يعرف قدر مال مورثه ولا جنسه عند كون ذلك المال في يد مورثه فضلاً عن أن يعرفهما عند كونه في ذم الناس ، فينبغي أن تصبح دعوى مثل تلك الديون المجهولة مثل ما قبل في صحة دعوى الأعيان الغائبة المجهولة مع أنه بما لم يقل به أبعد . ثم أقول : الظاهر من قولهم : وإذا سقط بيان القيمة عن المدهي سقط عن الشهود بالطريق الأولى أن في دعوى العين الغائبة تسمع الدعوى مع جهالة قيمة المدهي وتقبل الشهادة مع جهالة قيمة المشهود به ، لكنه مشكل جداً ، فإن القاضي بعد أن سمع هذه الدعوى وقبل هذه الشهادة لم يحكم للمدعي على المدهي عليه ، والقضاء بالمجهول غير ممكن كما صرحوا به في صدر كتاب الدعوى حيث

يعني والحال أن الماشاهدة تعلت وإغلاق تركيبة لا يلقى (وقال الفقيه أبو الليث : يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة) بناء على أن القضاء بقيمة المستهلك بناء على القضاء بمثل المستهلك عند أبي حنيفة ، لأن حق المالك قائم في العين المستهلكة عنده ، فإنه يصح الصلح عن المصنوب على أكثر من قيمته ، فلو لم يكن عين المستهلك ملكاً له لما جاز ذلك لكون الواجب حينئذ في ذمة المستهلك قيمة المصنوب وهي دين في الذمة ، والصلح على أكثر من جنس الدين لا يجوز ، وإذا كان كذلك لا بد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي بماذا يقضى ، فلا بد من ذكر الذكورة والأنوثة . ومن المشايخ من أبي ذلك

(قوله على أكثر من قيمته) أقول : كما سيجي في كتاب الصلح .

قال (وإن ادعى عقارا أحدّه وذكر أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به) .

قالوا : إن من شروط صحة الدعوى كون المدعى معلوما ، وعقلوه بعدم إمكان القضاء بالجهول . لا يقال : القاضى يحير المدعى عليه ببيان قيمة ما ادعى عليه فيحكم عليه بما بين فلا يكون القضاء بالجهول . لأننا نقول : الجبر عليه إنما يصح لو أقر بما ادعى عليه على الجهالة ، فإن التجهيل حينئذ يصير من جهته حيث أجل ما اعترف بزمه عليه فعليه البيان على ماقرر في كتاب الإقرار . وأما إذا لم يقَر به بل ثبت بالينة كما فيا نحن فيه فلم يكن التجهيل من جهة المدعى عليه ولم يحمل شيئا فلا وجه لإجباره على البيان بمقتضى قواعد الفقه فى الإشكال . فإن قلت : القاضى لا يحكم بقيمة العين الغائبة بل يحكم برد تلك العين نفسها إلى صاحبها والجهالة في قيمة تلك العين لا في نفسها فلا يلزم القضاء بالجهول . قلت : قد مر في الكتاب أن العين إنما تعرف بالقيمة لا بغيرها فالجهالة في قيمة العين جهالة في نفسها . وأيضا إذا حكم القاضى برد العين الغائبة إلى صاحبها فمعجز المحكوم عليه من ردها إلى صاحبها ولم يردّها إليه فالقاضى إن حكم بعد ذلك بقيمة تلك العين يعود الإشكال ، وإن لم يحكم بها يسع حق المدعى ولا يظهر لسع دعواه وقبول بيئته فائدة . فإن قيل : القاضى لا يحكم على الخصم بشيء من المال بل يجسه ليرد العين المدعاة إلى المدعى ففائدة سماع الدعوى وقبول البيئته معنى الجبس . قلنا : إلى متى يجسه . إن جسه أبدا يصير ظالما له بعد أن ظهر حجه عن ردها إلى المدعى بأن مضى على الجبس مدة يعلم بها أنه لو بقيت العين المدعاة لأظهرها هل ما ذكر في كتاب الغصب ، وإن جسه إلى مدة ظهور حجه عن ردها إلى المدعى ثم خل سبيله من غير أن يلزمه الضمان فقل ذلك لم يعده في الشرع عند إثبات الحقوق المالية . وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن ضرب من الإشكال (قال) أى القدورى في مختصره (وإن ادعى عقارا أحدّه) أى ذكر المدعى حدوده (وذكر أنه) أى العقار (في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به) أى وذكر أن المدعى يطلب المدعى عليه بالمدى . أقول : هكذا وقع وضع هذه المسئلة في عامة معتبرات المتن ، ولكن فيه قصور إذ المتبادر منه أن ذكر حدود العقار كاف في تعريفه عند الدعوى ، وليس كذلك إذ قد صرح في معتبرات الفتاوى بل في بعض شروح الهداية أيضا بأنه إذا وقعت الدعوى في العقار فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ومن ذكر الحلة ومن ذكر السكة ومن ذكر الحدود . وقال في الخلاصة : تصبح الدعوى إذا بين المهر والحلة والموضع والحدود . وقيل ذكر الحلة والسوق والسكة ليس بلازم ، وذكر المهر أو القرية لازم انتهى . وقد صرح في معتبرات الفتاوى أيضا بأن الفقهاء اختلفوا في البداية ، فقال الشيخ الإمام الفقيه الحاكم أبو نصر أحمد بن محمد السمرقندى في شروطه : إذا وقع الدعوى في العقار فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ، ثم من ذكر الحلة ، ثم من ذكر السكة ، فبيدا أولا بذكر الكورة ثم بالهلة اختيارا لقول محمد ، فإن المذهب عنده أن يبدأ بالأهم ثم ينزل منه إلى الأخص . وقال أبو زيد البغدادى : يبدأ بالأخص ثم بالأهم ، فيقول دارى سكة كذا في هلة كذا في كورة كذا

لأن المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة ، فلا حاجة إلى ذكر الكورة والأقوّة . قال (وإن ادعى عقارا أحدّه الخ) إذا كان المدعى به عقارا فلا بد من ثلاثة أشياء : لتحديد ، وذكر المدعى أنه في يد المدعى عليه ، وأنه يطالبه به . أما الأول فلا إلهام بأقضى ، ما يمكن فيه ، وذلك إنما يكون بذكر البلدة ، ثم الموضع الذى هو فيه ثم بذكر حدوده ، لأنه لما تملر التعريف بالإشارة لتلر النقل صير إلى ذلك للتعريف ، ولا بد من ذكر أسماء أصحاب الحدود وأسمائهم ، إلا إذا كان معروفا مثل أبى حنيفة وابن أبى ليل فإنه يستغنى عن ذكرهما ، ولا بد من ذكر الحد لأن تمام التعريف به عند أبى حنيفة على ما عرف هو الصحيح ، فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا ، خلافا لزم لوجود الأكثر ، ومن هذا يعلم أن ذكر الاثنين لا يكتفى ، بخلاف ما إذا غلط في الحد الرابع وأث في الكتاب باعتبار الجهة لأنه يختلف به : أى بالغلط في الحد المدعى ، ولا كذلك بتركها ، كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركوا ذكر الثمن جاز ، ولو غلطا في الثمن لا يجوز شهادتهما لأنه صار عقدا

(قوله وذلك إنما يكون بذكر البلدة الخ) أقول : يعلم وجوب ذكر البلدة والموضع الذى هو فيه بطريق الدلالة فانهم .

لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل فيصاري إلى التجديد فإن المقار يعرف به ، ويذكر الحدود الأربعة ، ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم . ولا بد من ذكر الجلد لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف هو الصحيح ، ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره ، فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزمفر لوجود الأكثر ، بخلاف ما إذا غلط في الرابعة لأنه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها ، وكما يشترط التجديد في الدعوى يشترط في الشهادة . وقوله في الكتاب وذكر أنه في يد المدعى عليه لا بد منه لأنه إنما ينتصب خصما إذا كان في يده ، وفي المقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصدق المدعى عليه أنه في يده بل لا تثبت اليد فيه إلا بالينة ،

وقاسه على النسب حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذكر الجلد ، فبيدأ بما هو الأقرب ثم يترقى إلى الأبعد . قال : في كل واحد من الفصولين بعد ذكر هذا الاختلاف ما قاله محمد بن الحسن أحسن ، لأن العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه لأن الأعم اسمه ، فإن جفرا في الدنيا كثير ، فإن عرف فيها وإلا ترقى إلى الأصغر فيقول ابن محمد وهذا أصغر ، فإن عرف فيها وإلا ترقى إلى الجلد انتهى . وقال في المحيط : اختلف أهل الشروط في البداة بالأعم أو بالأخص ، وأهل العلم بالشعار في البداة بأبها شاء انتهى . وقال حماد الدين في فصوله : قلت اختلافات أهل الشروط أنه ينزل من الأعم إلى الأخص ، أو من الأخص إلى الأعم إجماع منهم على شرطية البيان انتهى . فقد تلخص بما ذكرناه كله أن ذكر الحدود ليس بكاف في تعريف المقار ، بل لا بد أيضا من ذكر البلدة والمحلة وغير ذلك على ما قرر . قال المصنف في تعليل لزوم التجديد في دعوى المقار (لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل) أي نقل المقار (فيصار إلى التجديد ، فإن المقار يعرف به) أقول : لقائل أن يقول : إن تعذر النقل لا يقتضي تعذر التعريف بالإشارة لحواز أن يحضر القاضي عند المقار أو يبعث أمينة إليه فيشير المدعى إليه في يحضر القاضي أو أمينة بعين ما قالوا في المقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه على ما ذكرناه فيها مر . ويمكن أن يدعى بأن المقولات التي يتعذر نقلها نادرة فالتزم فيها حضور القاضي أو أمينة عندها لعدم تأديبه إلى الخرج ، بخلاف المقارات فإنها كثيرة ، فلو كلف القاضي بحضوره عندها أو بعث أمينة إليها لأدى إلى الخرج فافترقا (ويذكر الحدود الأربعة ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ، ولا بد من ذكر الجلد لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف هو الصحيح) احتراز عما روى عنهما أن ذكر الأب يكتفى (ولو كان الرجل مشهورا) مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى (يكتفى بذكره) يعني لاحتاجة إلى ذكر الأب والجلد حيثحصل الحصول للتعريف بالاسم بلا ذكر النسب . وفي الدار لا بد من التجديد وإن كانت مشهورة عنه أي حنيفة ، وعندها لا يشترط لأن الشهرة مغنية عنه . وله أن قلدها لا يصير معلوما إلا بالتجديد ، كذا في الكافي وغيره (فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزمفر لوجود الأكثر) دليل لنا : يعني أن إقامة الأكثر مقام الكل أصل في الشرع فتعمل به هاهنا أيضا (بخلاف ما إذا غلط في الرابعة) أي في الجلد الرابع وأنه المصنف باعتبار الجهة يعني إذا ذكر الحدود الثلاثة وسكت عن الرابع جاز عندنا خلافا لزمفر . وأما إذا ذكر الجلد الرابع أيضا وغلط فيه فلا يجوز باتفاق بيننا وبين زفر (لأنه يختلف به) أي بالغلط (المدعى ولا كذلك بتركها) ونظير ما إذا شهد شاهدان بالبائع وقبض الثمن وتركنا ذكر الثمن جاز ، ولو غلط في الثمن لا يجوز شهادتهما لأنه صار عقدا آخر بالغلط ، وبهذا الفرق بطل قياس زفر الترك على الغلط (وكما يشترط التجديد في الدعوى يشترط في الشهادة) فيجوز في الثانية ما يجزى في الأولى (وقوله في الكتاب) أي قول القدوري في منحصره (وذكر أنه) يعني المقار (في يد المدعى عليه لا بد منه لأنه) أي المدعى عليه (إنما ينتصب خصما) أي في دعوى العين (إذا كان في يده) أي إذا كان المدعى في يده (وفي المقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصدق المدعى عليه أنه) أي المقار (في يده بل لا تثبت اليد فيه إلا بالينة) بأن يشهد الشهود أنهم عاينوا أن ذلك المقار المدعى في يد المدعى عليه ، حتى لو قالوا سمعنا إقرار المدعى عليه بأنه في يده لم تقبل شهادتهم ، وكذا الحال في غير هذه الصورة ، وقد لا يفرق الشهود بين الأمرين فلا بد أن يسألهم القاضي

آخر بالغلط ، وبهذا الفرق بطل قياس زفر الترك على الغلط ، وكما يشترط التجديد في الدعوى يشترط في الشهادة . وأما الثاني

أو علم القاضى هو الصحيح نفيا لهمة المواضعة إذ العقار عساه في يد غيرها ،

أمن معانية تشهدون أم من سماع ، كذا ذكر في معتبرات الفتاوى (أو علم القاضى) عطف على البيعة أى أو يعلم القاضى أن ذلك العقار المسمى في يد المسمى عليه (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض المشايخ فإن عندهم يمكن تصديق المسمى عليه أنه في يده ، وإنما لا تثبت اليد في العقار إلا بالبيعة أو علم القاضى على القول الصحيح (نفيا لهمة المواضعة إذ العقار عساه) أى لعله (في يد غيرها) أى غير المسمى والمسمى عليه . قال صاحب التباية : أى يحتمل أنهما تواضعا على أن يصدق المسمى عليه المسمى بأن العقار في يد المسمى عليه ليحكم القاضى باليد للمسمى عليه حتى يتصرف المسمى عليه فيه . وهو في الواقع في يد الثالث فكان ذلك قضاء بالتصرف في مال الغير ، ويؤدى ذلك إلى نقض القضاء عند ظهوره أنه في يد الثالث اه كلامه . وقد اتفق أثره في شرح هذا المقام بهذا المعنى صاحب معراج الدراية ثم صاحب التباية ثم الشارح المعنى . أقول : هذا خطب عظيم منهم . أما أما أولا فلأن المسمى عليه في الصورة المزبورة لا يدعى على أحد شيئا بل يصدق المسمى في قوله إن العقار في يد المسمى عليه ، ولا شك أن تصديق الآخر ليس بدعوى عليه فكيف يتصور هناك من القاضى الحكم باليد للمسمى عليه . والحكم بنقود المباد يقتضى سابقة الدعوى . وأما ثانيا فلأن الحكم من القاضى لا يصح إلا بمجة من البيعة أو الإقرار وقد انتفت بقسميتها في تلك الصورة . أما انتفاء البيعة فلأن المفروض أن لا تقوم بيعة على ثبوت اليد للمسمى عليه . وأما انتفاء الإقرار فلأن الإقرار هو الإخبار بحق الغير على نفسه . ولا يخفى أن هذا المعنى غير متصور من المسمى عليه ولا من المسمى بالنسبة إلى حق اليد في تلك الصورة ، فإذا لم يتحقق الحجة أصلا لثبوت اليد للمسمى عليه في تلك الصورة لم يصح الحكم من القاضى باليد للمسمى عليه هناك ، فبطل قولهم ليحكم القاضى باليد للمسمى عليه الخ . والصواب أن مراد المصنف هاهنا هو أن العقار قد يكون في يد غيرها ، وهما يتواضعا على أن يصدق المسمى عليه المسمى في أن ذلك العقار في يد المسمى عليه فيقيم المسمى البيعة على المسمى عليه بأن ذلك العقار له ليحكم القاضى للمسمى بيته له فيصير هذا قضاء له بمال الغير الذى كان ذلك العقار في يده في الواقع وينفى ذلك إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ذلك الغير ، ولقد أفصح الإمام قاضيه خان في فتاواه عن هذا حيث قال : وذكر المصنف عن أصحابنا أن رجلا لو أقام البيعة على رجل أن في يده الدار التى حدثا كذا ويبرهن حدودها فإن القاضى لا يسمع دعواه ولا يقبل بيته على الملك مالم يقيم البيعة أن الدار في يد المسمى عليه ثم يقيم البيعة أنها له لوهم أنها تواضعا في محدود في يد ثالث على أن يدميه أحدهما فيقول الآخر بأنها في يده ويقيم المسمى بيته أنها له والدار في يد غيرها ، وهذا باطل لأن هذا

فلا بد منه لأنه إنما ينتصب خصما إذا كان المسمى به في يده ، وفي العقار لا يكفي بل ذكر المسمى وتصديق المسمى عليه أنه في يده ، بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبيعة بأن يشهدوا أنهم عاينوا أنه في يده ، حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم تقبل ، وكذا في غير هذه الصورة لا بد في الشهادة على اليد من ذلك أو يعلم القاضى أنه في يده نفيا لهمة المواضعة لأن العقار قد يكون في يد غيرها وهما تواضعا على أن يصدق المسمى عليه المسمى بأن العقار في يد المسمى عليه ليحكم القاضى باليد للمسمى عليه حتى يتصرف فيه المسمى عليه

(قال المصنف : نفيا لهمة المواضعة إذ العقار عساه في يد غيرها) أقول : قال ابن البرزقي في فتاواه في كتاب الدعوى في آخر الفصل الخامس عشر في نوع من الخامس عشر : ذكر الصدر التشبيه وغيره في القفر بين المتقول وغيره أن النفل لو كان قائما لا بد من إحصاءه فيعين الحاكم يده ، وإن كان حالكا فقد أقر بزم الضمان على نفسه وإقراره على نفسه حجة وفي العقار همة المواضعة ثابتة لأنه ليس فيه مالك بحسب الحقيقة بل اليد عليه بالحكم ، فرجبا يتواضع المسمى مع غير المالك حتى يقر باليد ويقيم عليه شيئا زورا فيساعه المسمى عليه ويوصل به الحكم ثم يمتنع على المالك بحكم قاض عند قاض آخر ويبرهن عليه فإن القضاء من أسباب الملك يلقى للشاهد الأداء بالنسبة لخصم الحاكم ، ولو فسر أيضا على الحاكم أن يقبله فصار الحكم فوق مائة اليد ، حتى لو فسر بأنه يشهد له بالملك بناله إلى اليد لا يثبت كما علم ، وهذه التهمة في المتقول متغنية لأن المتقول يكون في يد المالك حقيقة فلا تصور فيه تلك التهمة ، ولأن المالك لا يمكنه من النفل والإحصاء بين يدي الحاكم انتهى كلام ابن البرزقي ، فلا ردا ما اعترض عليه في بعض الشروح من كون همة المواضعة متصورة في العين أيضا (قوله ليحكم القاضى باليد) ، أقول : فيه بحث ، إذ لا حكم هنا من القاضى للمسمى عليه ، ولو سلم فهو قضاء ترك ل قضاء استحقاق ولا فساد في نقض قضاء الترك ، ألا يرى أنها إذا تراءت إلى القاضى وعبر المسمى عن البيعة فلفظ المسمى عليه يترك للمسمى في يده ، ثم إذا جاء المسمى

بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة . وقوله وأنه يطالب به لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه ، ولأنه يحتمل أن يكون مروها في يده أو محبوسا بالثمن في يده ، وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال ، وعن هذا قالوا في المنقول يجب أن يقول في يده بغير حق .

قضاء على المسخر اهـ (بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة) فلابحاح للمواضعة المذكورة (وقوله) أي قول القنودرى في مختصره (وأنه يطالب به لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه) قال صاحب العناية : في عبارته تسامح لأنه يقول إلى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتأمل . ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه اهـ كلامه . أقول : كل من إرادته وجوابه ساقط . أما سقوط الأول فلأن الضمير في طلبه ليس برافع إلى حقه كما توهمه ، بل هو راجع إلى ما يرجع إليه ضمير حقه وهو المدعى ، فالمعنى المطالبة حق المدعى فلا بد من طلب المدعى حتى يجب على القاضي إعادته فلا مسامحة أصلا . وأما سقوط الثانى فمن وجهين : الأول أن المطالبة من طالبه بكلا فالمطالب المفعول هاتما هو المدعى عليه ، والذي دخل عليه البلاء هو المدعى ، فلو كان المعنى المطالب حق المدعى صار المعنى المدعى عليه حق المدعى ، ولا خفاء في فساده . والثانى أن المدعى أيضا ليس بحق المدعى البتة ، بل إن ثبت دعوى المدعى يكون المدعى حقه وإلا فلا ، ففي ابتداء الأمر من أين ثبت أنه حقه حتى يتم أن يقال هو حقه فلا بد من طلبه ، اللهم إلا أن يقال إنه حقه في ابتداء الأمر أيضا على زعمه ، لكنه يحتاج حينئذ إلى تقدير قيد على زعمه كما يحتاج إلى جعل المصدر بمعنى المفعول . ولا يخفى أن شأن المصنف بمحل عن مثل هذا التصف . وقال بعض الفضلاء : ولا يبعد أن تكون المطالبة اسم مفعول والتأنيث بتأويل الأرض ونحوها اهـ . أقول : هذا بعيد عن الحق ، وأبعد مما قاله صاحب العناية في جوابه . أما الأول فلما ذكرناه في سقوط جواب صاحب العناية من الوجهين . وأما الثانى فلأن مقتضاها التعبير عن كل مطلوب بصيغة التأنيث وتأويل كل مطلوب مذكر بمؤنث ، وهذا مما لا يتقبله الفطرة السليمة ، بخلاف ما قال صاحب العناية (ولأنه يحتمل أن يكون) أي المدعى (مروها في يده) أي في يد المدعى عليه (أو محبوسا بالثمن في يده) فلا تصح الدعوى قبل أداء الدين أو قبل أداء الثمن (وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال) إذ لو كان مروها أو محبوسا بالثمن لما طالب بالانزعاع من ذى اليد قبل أداء الدين أو الثمن (وعن هذا) أى بسبب هذا الاحتمال (قالوا) أى المشايخ (في المنقول) أى في دعوى المنقول (يجب أن يقول في يده بغير حق) أى يجب أن يقول المدعى هذا الشيء الذى ادّعى في يد المدعى عليه بغير حق

وكان القضاء فيه قضاء بالتصرف في مال الغير وذلك يفضى إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث ، بخلاف المنقول فإن اليد فيه مشاهدة . وأما الثالث فلأن المطالبة حقه فلا بد من طلب حقه ، وفي عبارته تسامح لأنه يقول إلى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتأمل . ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه ، ولأنه يحتمل أن يكون مروها في يده أو محبوسا بالثمن في يده ، وبالمطالبة يزول هذه الاحتمالات وعن هذا : أى بسبب هذا الاحتمال يشهد يؤخذ منه . والخ ما في النهاية أخذنا من المبسوط لرافعه متأملا (قوله) ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى للمفعول) أقول : ولا يبعد أن تكون المطالبة اسم مفعول والتأنيث بتأويل الأرض ونحوها ، ثم الظاهر أن ضمير طلبه راجع إلى المدعى لا إلى الحق فلا يلزم التفكيك فلا غير (قال المصنف : وعن هذا قالوا في المنقول يجب أن يقول في يده بغير حق) أقول : قال صاحب الرقابة : وفي المنقول يزيد بغير حق . قال صدر الشريعة في شرحه : فإن الغير يكون في يد غير المالك بحق كالزعم في يد المرتين والمبيع في يد البائع لأجل الثمن . أقول : علم تشمل المقار أيضا ، فلا أدري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم انتهى . ونحن نقول : فلأن احتمال كون المنقول في يد المدعى عليه حتى يزول بالمطالبة على ما صرحوا به فا وجه هذه الزيادة حتى حكوا بوجوبها كما صرح به صاحب النهاية . وأجاب صاحب الفرعن اعتراض صدر الشريعة بأن يقال : إن دراية وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين : إحداها أن دعوى الأحيان لا تصح إلا على ذى اليد كما قال في النهاية إنما ينتصب خصما إذا كان في يده . والثانية أن الشبهة معتبرة يجب دفعها لأشبهة الشبهة ، كما قالوا لأن شبهة الرباطة بالحقيقة لأشبهة الشبهة . إذا جرتما فاعلم أن في ثبوت اليد على المقار شبهة لكثرة غير مشاهد ، بخلاف المنقول فإنه فيه مشاهد فوجب دفعها

إزالة لهذا الاحتمال ، فإن العين في يد ذى اليد في تلك الصورتين يحق . أقول : يرد عليه أنه إن كان ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول أيضا فقد حصل زوال الاحتمال المذكور فيها بذكر المطالبة ، كما في دعوى القمار فينبغي أن لا يجب زيادة بغير حق في دعوى المنقول ، كما لا يجب في دعوى القمار ، وإن لم يكن ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول يكون الدليل الذي ذكره المصنف في وجوب ذكر المطالبة في دعوى القمار ودعوى الدين وهو قوله لأن المطالبة حق المدعي فلا بد من طلبه منقوضا بصورة دعوى المنقول . ويمكن أن يجاب عنه بنوع بسيط في الكلام وتحقيق المقام ، وهو أن ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول أيضا على ما يقتضيه الدليل الذي ذكره المصنف في دعوى القمار ودعوى الدين ، لكن لا يجب ذكرها قبل إحضار المدعي عليه المنقول إلى مجلس القاضي ، بل إنما يجب ذكرها بعد إحضاره إليه لأن إعلام المدعي بأقصى ما يمكن شرط ، وذلك في المنقول لا يكون إلا بالإشارة كما مر ، فالمدعي يحضر المنقول إلى مجلس القاضي لم يحصل الإشارة إليه ، وما لم يحصل الإشارة إليه لم يصير معلوما بما يجب إعلامه به ، وما لم يصير معلوما بهذا لم تتحقق الفائدة في ذكر المطالبة به ، يرشد إليه قول المصنف فيما سيأتي ، لأن صاحب اللمعة قد حصر فلم يبق إلا المطالبة حيث يشير إلى أنه ما بقي شيء يتعلق به تمام الدعوى لم يجب ذكر المطالبة . ولا شك أن إحضار المنقول إلى مجلس القاضي مما يتعلق به تمام الدعوى ، فلم يجب قبله على المدعي ذكر المطالبة ، فلما لم يجب قبله عليه ذكرها وجب عليه إذ ذلك أن يقول في يده بغير حق إزالة للاحتمال المذكور حتى يجب على المدعي عليه إحضار المدعي المنقول إلى مجلس القاضي ، ويصبح للقاضي تكليفه بإحضاره إليه . والحاصل أن الاحتياج إلى زيادة قيد بغير حق في دعوى المنقول لأجل أن يجب على المدعي عليه إحضار المدعي إلى مجلس الحكم ، ووجوب إحضار المدعي إلى مجلس القاضي مختص بدعوى المنقول كما مر في الكتاب فوجب زيادة القيد المذكور في دعوى المنقول دون غيرها . ثم لما زيد القيد المذكور في دعوى المنقول قبل إحضار المدعي عليه المدعي إلى مجلس القاضي وزال الاحتمال المذكور به لم يبق لذكر المطالبة فيها بعد إحضاره

قال المشايخ في المنقول : يجب أن يقول وهو في يده بغير حق ، لأن العين في يد ذى اليد في هاتين الصورتين يحق ، وإن كان المدعي به حقا في اللمعة ذكر المدعي أنه يطالبه به لما قلنا : يعني قوله لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه ، وهذا لأن صاحب

في دعوى القمار إثباته بالبينات لصح الدعوى ، وبمد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك بحق شبهة الشبهة فلا تعبر . وأما اليد في المنقول فلكونه شاهدا لا يحتاج إلى إثباته ، لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعا لصح الدعوى . ورد هذا الجواب بأنه قد صرح في الهداية والشروح بأنه لا بد من المطالبة في القمار أيضا ليزول احتمال كونه مرموفا أو مجبريا بالحق . ويعلم من هذا أنهم اعتبروا ذلك الاحتمال وأوجروا دفعه في القمار أيضا ، وهذا ليس من شبهة الشبهة التي لا يعتبرها كما لا يخفى على المتدبر النسي . وإن أردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام فاستمع لما ينقل عليك مستعينا بذلك الملام ومستندا من ولي الفيض والإلهام فأقول : لاشك أن في القمار شبهة في ثبوت اليد على المدعي ثم شبهة في كونها بغير حق ، وأن الثانية شبهة الشبهة ، وذلك ظاهر لمن تتبع آثارهم ، وأن شبهة الشبهة غير معتبرة إلا إذا اندثرت الشبهة فإن شبهة الشبهة حينئذ تكون شبهة معتبرة . ألا يرى أنهم إذا شبهوا على زجل بالزنا براءة غالية فإنه يجد أن الذي فيه شبهة دعوى التكليف إذا حصرته ثم شبهة سفلها في تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة ، وأما إذا حصرته قبل الاستيفاء وأدعت التكليف لإبعاد الرجل اعتبارا لشبهة الصدق . إذا تحققت هذه المقدمات فنقول : لو أن مدعى القمار به الزيادة وقال هو في يده بغير حق وقد قرع سيمك من علماء العربية أنه إذا كان في كلام مثبت أو منفي تقييد بوجه من الوجوه ففانط الإضافة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود وهو الإهمال بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بمجالها فأحالوا دفعها إلى كلام مستقل متأخر بحسب القرينة عن ثبوت اليد وهو قول المدعي أطالبه فإن في تلك القرينة اندثرت الشبهة بطريقها وبقيت شبهة الشبهة شبهة معتبرة ، بخلاف المنقول فإن ثبوت اليد فيه مشاهد لا شبهة فيه ، فأوجروا تلك الزيادة لتنتفخ شبهة كون اليد يحق . أولقول : لو زاد المدعي قوله بغير حق في دعوى القمار وهو متعلق بالكلام الأول ومن جعلته ، ولم ينتفع في تلك الحالة شبهة كونه في يده غيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة متأخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من انتفاعها به محذور كما ثبت عليه ، بخلاف المنقول فإنه ليس فيه شبهة كونه في يده غيره ، فانتفع هذا فإنه هو الكلام الفصل . وقول الجرح . الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله . ثم أعلم أن المطالبة في المنقول كالمطالبة في اليدون ليس لنفخ الاحتمال بل ذلك مخصوص بالمقار .

إليه إلا حالة واحدة ، وهي أن المطالبة حقه فلا بد من ذكره كما هي العلة لقط في دعوى الدين ، بخلاف دعوى القمار فإن لذكر المطالبة فيها علتين كما ذكرهما المصنف ؛ وبهذا البسط والتحقيق تبين اندفاع اعتراض صدر الشريعة على القوم حيث قال في شرحه للوقاية : أقول هذه العلة تشمل القمار أيضا ، فلا أدري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم اه . ثم إن هاهنا كلمات أخرى للفضلاء المتأخرين ، فلا علينا أن ننقلها ونتكلم عليها . فاعلم أن صاحب الدرر والغرر أجاب عن اعتراض صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال : إن دراية وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين : إحداهما أن دعوى الأعيان لا تصح إلا على ذي اليد ، كما قال في الهداية : إنما يتصحب خصما إذا كان في يده . والثانية أن الشبهة معتبرة يجب دفعها لاشبهة الشبهة ، كما قالوا إن شبهة الربا ملحقه بالحقيقة لاشبهة الشبهة . إذا عرفتها فاعلم أن في ثبوت اليد على القمار شبهة لكونه غير مشاهد ، بخلاف المنقول فإنه فيه مشاهدة فوجب دفعها في دعوى القمار بإثباته بالبينة لتصح الدعوى ، وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك يحق شبهة الشبهة فلا تعتبر . وأما اليد في المنقول فلكونه مشاهدا لا يحتاج إلى إثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لتصح الدعوى اه . ورد عليه هذا الجواب بعضهم بأنه قد صرح في الهداية والشروح بأنه لا بد من المطالبة في القمار أيضا ليؤول احتمال كونه مرهونا أو محبوسا بالتمسك ، ويعلم من هذا أنهم اعتبروا ذلك الاحتمال وأوجبوا دفعه في القمار أيضا ، وهذا ليس من شبهة الشبهة التي لم يعتبروها كما لا يخفى على المتدبر فتدبر اه . وقال بعض الفضلاء : وإن أردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام ، فاستمع لما ينقل عليك مستعينا بالملك العلام ، ومستمدا من ولي الفيض والإلام ، فأقول : لاشك أن في القمار شبهة في ثبوت اليد هل المدعي ثم شبهة في كونها بغير حق ، وأن الثانية شبهة الشبهة ، وذلك ظاهرا لمن تتبع آثار أوليهم ، وأن شبهة الشبهة غير معتبرة إلا إذا اندفعت الشبهة فإن شبهة الشبهة حينئذ تكون معتبرة ؛ ألا يرى أنهم إذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غالبة فإنه يحد لأن الذي فيه هو شبهة دعوى النكاح إذا حضرت ثم شبهة صدقها في تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة . وأما إذا حضرت قبل الاستيفاء وادعت النكاح لا يحد الرجل اعتبارا لشبهة الصدق . إذا تحققت هذه المقدمات فنقول : لو أتى مدعي القمار بهذه الزيادة وقال هو في يده بغير حق وقد قرع سمك من عامه المرية أنه إذا كان في كلام مثبت أو منفي تنقيده بوجه من الوجوه ففانط الإفادة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود ، وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بمالها ، فأحالوا دفعها إلى كلام مستقل متأخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعي أطالبه فإن في تلك الرتبة اندفعت الشبهة بطريقها وبقيت شبهة الشبهة معتبرة بخلاف المنقول فإن ثبوت اليد فيه مشاهد لا شبهة فيه فأوجبوا تلك الزيادة لتندفع بها شبهة كون اليد بحق . أو نقول : لو زاد المدعي قوله بغير حق في دعوى القمار وهو متعلق بالكلام الأول ومن جملة ، ولم يندفع في تلك الحالة شبهة كونه في يده غيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة متأخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما نهيت عليه ، بخلاف المنقول فإنه ليس فيه شبهة كونه في يده غيره ، فاعتزم هذا فإنه هو الكلام الفصل والقول الجزل . ثم اعلم أن المطالبة في المنقول كالمطالبة في الدينون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالقمار ، إلى هنا كلامه . وأقول : ما ذكره ذلك الفاضل هاهنا وسماه بالتحقيق مما لا يحدى طائلا وما هو بذلك التلقيح بمحقق . أما أولا فلأن خلاصة كلامه هي أن مدعي القمار لو أتى بتلك الزيادة وجعلها قيда للكلام الأول وقصد بها دفع شبهة كون اليد بحق لزم اعتبار شبهة الشبهة والاهتمام بدفعها مع بقاء الشبهة وهي شبهة كونه في يده الغير بمالها إذ لم تندفع هذه الشبهة قبل ثبوت اليد ، وقد تقرر عندهم أن شبهة الشبهة غير معتبرة قبل اندفاع الشبهة ، فأحالوا دفع شبهة الشبهة إلى كلام مستقل متأخر في الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعي أطالبه ، فإن في تلك المرتبة اندفعت الشبهة وبقيت شبهة الشبهة معتبرة ، بخلاف المنقول فإن ثبوت اليد فيه مشاهد فليس فيه شبهة كونه في يده غيره فأوجبوا

الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة ، لكن لا بد من تعريفه بالوصف بأن قال ذهب أو فضة ، فإن كان مضروبا يقول كذا كذا دينار أو درهما جيد أو ردىء أو وسط إذا كان في البلد نقود مختلفة ، وأما إذا كان في البلد نقد واحد فلا حاجة إلى ذلك .

قال (وإن كان حقا في الذمة ذكر أنه يطالب به) لما قلنا ، وهذا لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لأنه يعرف به . قال (وإذا صحت الدعوى سأل المدعي عليه عنها) ليكشف له وجه الحكم (فإن اعترف قضى عليه بها)

تلك الزيادة ليندفع بها شبهة كون اليد بحق لكنها ليست بتامة ، لأن الحاصل منها أن لا يصح الإتيان بتلك الزيادة في دعوى القمار على أن تجعل تلك الزيادة قيدا للكلام الأول ، وهذا لإتيان صحة الإتيان بها على أن تجعل كلاما مستقلا بأن يقول المدعي إنه في يده وإن يده بغير حق ، فإن الزيادة حينئذ تصير كلاما مستقلا كما ترى وتصير متأخرا في الرتبة عن ثبوت اليد كقوله أطالبه لأنه كما أن حق ذكر المطالبة أن يكون بعد ثبوت اليد . كذلك حق ذكر أن يده بغير حق بعد ثبوتها ، إذ قبل ثبوت اليد كما لا غائلة في المطالبة لا فائدة أيضا في بيان أن يده بغير حق ، وهذا مما لا ستر به فلم يظهر وجه عدم تلك الزيادة مطلقا في دعوى المنقول . وبالجمله إما ما ذكره وجه لفظي مخصوص بصورة كون الزيادة قيدا للكلام الأول لوجه فقهي عام لجميع صور الزيادة فلا يتم التقريب قطعا . وأما ثانياً فالأنه حينئذ يبيح الإشكال في المقام بأن شبهة كون اليد بحق تندفع في دعوى المنقول أيضا بالمطالبة ، فينبغي أن تترك الزيادة المذكورة في دعوى المنقول كما تترك في دعوى القمار ، ولا ينحل هذا الإشكال بما ذكره بقوله ثم اطمأن أن المطالبة في المنقول للمطالبة في الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالمقارنتي ، لأن دفع الاحتمال المذكور يحصل قطعا من ذكر المطالبة في المنقول أيضا فلا يدفع : أي لا يقصد بها دفع ذلك الاحتمال في المنقول استدراك الزيادة المذكورة فيه . وأما ما قدمناه من التحقيق فينبغي به هذا الإشكال كما يندفع به اعتراض صدر الشريعة كما تحققت من قبل . الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله (قال أي القنوري في مختصره) وإن كان حقا في الذمة أي وإن كان المدعي حقا ثابتا في الذمة : يعني إن كان ديننا لأعيننا (ذكر أنه يطالب به) يعني ذكر أنه يطالب به من غير أن يشترط فيه ما يشترط في العين على ما فعلنا فيها (لما قلنا) تعليل لغير ذكر المطالبة فيه وإشارة إلى قوله لأن المطالبة خفة فلا بد من طلبه (وهذا) أي الاكتشاف فيه بذكر المطالبة (لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة لكن لا بد من تعريفه) أي تعريف ما في الذمة وهو الدين (بالوصف) أي بالصفة ، فالمدعي لكن لا بد من تعريفه بالوصف كما لا بد من تعريفه بالجنس والقدر على ما عرف فيها من قول القنوري ، ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره (لأنه يعرف به) أي لأن ما في الذمة يعرف بالوصف : أي الصفة ، بأن يقال إنه جيد أو وسط أو رديء بعد أن يذكر جنسه وقدره ، ولكن إنما يحتاج إلى ذكر الصفة فيها إذا كان المدعي ديننا وزنا إن كان في البلد نفوذ مختلفة . أما إذا كان في البلد نقد واحد فلا يحتاج إلى ذلك كما ذكر في الشروح ومعتبرات الفتاوى ، وهذا كله على تقدير أن يكون مراد المصنف بالوصف هاهنا معنى الصفة كما هو الظاهر من حيث اللفظ ، لكن الأظهر من حيث المقام أن يكون مراده به معنى البيان ، فالمدعي لكن لا بد من تعريف ما في الذمة أيضا بالبيان : أي ببيان ما يحتاج إلى ذكره من جنسه وقدره مطلقا ، ومن نوعه وصفته في بعض الصور على ما فصل في النهاية والكتابة نقلنا من الذخيرة وفصول الأستروشنى . وبالجمله لا بد في كل جنس من الإعلام بأقصى ما يمكن به التعريف (قال أي القنوري في مختصره) وإذا صحت الدعوى أي وإذا صحت الدعوى بشروطها (سأل) أي القاضى (المدعي عليه عنها) أي عن الدعوى (ليكشف له وجه الحكم) أي ليكشف للقاضى وجه الحكم : أي طريقه إن ثبت حق المدعي فإن الحكم منه يكون بأحد أمور ثلاثة : البينة ، والإقرار ، والتكول . ولكل واحد منها طريق مخصوص من القضاء فلا بد من السؤال ليكشف له طريق حكمه (فإن اعترف قضى عليه بها) أي فإن اعترف المدعي عليه فقضى القاضى عليه بالدعوى بمعنى المدعي وبالجمله : لا بد في كل جنس من الإعلام بأقصى ما يمكن به التعريف . قال (وإذا صحت الدعوى الخ) إذا صحت الدعوى بشرطها سأل القاضى المدعي عليه عنها ليكشف له وجه الحكم ، فإنه على وجهين : إما أن يكون أمرا بالخروج مما لزمه بالحجة ، (قوله وإذا صحت الدعوى ، إلى قوله فإنه الخ) أقول : يعني فإن الحكم على وجهين : إما أن يكون أمرا بالخروج للخ .

لأن الإقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه (وإن أنكر سأل المدعي البيعة) لقوله عليه الصلاة والسلام « ألك بيعة ؟ فقال لا ، فقال : لك بيعة » سأل ورب البيعة على فقد البيعة فلا بد من السؤال ليكنه الاستحلاف . قال (فإن أحضرها قضى بها) لانتفاء التهمة عنها (وإن عجز عن ذلك وطلب بين خصمه استحلفه عليها) لما روينا ، ولا بد من طلبه لأن البيعة حقه ؛ ألا يرى أنه كيف أضيف إليه بحرف اللام فلا بد من طلبه .

أو بموجب الدعوى . ثم إن إطلاق لفظ القضاء هاهنا توسع لأن الإقرار حجة بنفسه فلا يتوقف على القضاء ، فكان الحكم من القاضي إلزاما للخروج عن موجب ما أقر به ، بخلاف البيعة لأنها إنما تصير حجة باتصال القضاء بها ، فإن الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ، وقد جعلها القاضي حجة بالقضاء بها وأسقط جانب احتمال الكذب في حق العمل بها ، كلا في الشروع وغيرها ، وقد أشار إليه المصنف بقوله (لأن الإقرار موجب بنفسه فيأمره) أي يأمر القاضي المدعي عليه (بالخروج عنه) أي مما يوجب الإقرار (وإن أنكر) أي المدعي عليه (سأل المدعي البيعة) أي طلب القاضي من المدعي البيعة (لقوله عليه الصلاة والسلام) أي لقول النبي عليه الصلاة والسلام للمدعي (ألك بيعة ؟ فقال لا) أي قال المدعي لا بيعة لي . (فقال) أي قال النبي صلى الله عليه وسلم (لك بيعة) أي يمين المدعي عليه (سأل) أي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم المدعي عن البيعة (ورب البيعة على فقد البيعة فلا بد من السؤال) أي فلا بد للقاضي من السؤال عن البيعة (ليكنه الاستحلاف) أي ليكن القاضي استحلاف المدعي عليه عند فقد البيعة (قال) أي القدرى في مختصره (فإن أحضرها) أي فإن أحضر المدعي البيعة على وفق دعواه (قضى بها) أي قضى القاضي بالبيعة (لانتفاء التهمة عنها) أي من الدعوى ترجيح جانب الصدق على الكذب بالبيعة وهي : أي البيعة فعلة من البيان لأنها دالة واضحة يظهر بها الحق من ألباطل ، وقيل فيعلة من البين إذ بها يقع الفصل بين الصادق والكاذب كذا في الكافي (وإن عجز عن ذلك) أي وإن عجز المدعي عن إحضار البيعة (وطلب بين خصمه) وهو المدعي عليه (استحلفه عليها) أي استحلف القاضي خصمه على دعواه (لما روينا) إشارة إلى قول النبي صلى الله عليه وسلم (لك بيعة) أي قال المدعي لا (ولا بد من طلبه) أي من طلب المدعي استحلاف خصمه (لأن البيعة حقه) أي حق المدعي (ألا يرى أنه كيف أضيف إليه بحرف اللام) أي كيف أضيف اليمين إلى المدعي بحرف اللام في قوله صلى الله عليه وسلم (لك بيعة) والإضافة إليه بحرف اللام مقتضية للاختصاص تنصب على أن البيعة حقه ، وإنما قال المصنف أضيف بتدكير الفعل مع كونه مستندا إلى ضمير اليمين التي هي مؤنث على تأويل القسم أو الحلف . قال صاحب الكافي : والفقهاء فيه : أي فيكون اليمين حق المدعي أن المدعي يزعم أنه أتوى حقه بإنكاره فشرع الاستحلاف ، حتى لو كان الأمر كما زعم يكون إتياء بمقابلة إتياء ، فإن اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع

أي يصير ما هو بعمرية أن يصير حجة حجة ، وذلك لأنه إما أن يعترف بما ادعاه أو ينكر ، فإن كان الأول فالحكم فيه أن يأمره بأن يخرج مما أقر به لأن الإقرار حجة بنفسه . لا يتوقف على قضاء القاضي لكامل ولاية الإنسان على نفسه ، فكان الحكم من القاضي أمرا بالخروج على موجب ما أقر به ، ولهذا قالوا : إطلاق الحكم توسع ، وإن كان الثاني فالحكم فيه أن يعمل القاضي الشهادة المضملة للصدق والكذب التي هي بعمرية أن تصير حجة إذا قضى القاضي بها حجة في حق العمل مسقطا احتمال الكذب فيها ، فإذا لا بد من السؤال ليكتشف له أحد الوجهين ؟ فإذا سأل ، فإن اعترف به أمره بالخروج عنه ، وإن أنكر سأل المدعي البيعة لقوله صلى الله عليه وسلم (لك بيعة ؟ فقال لا ، فقال : لك بيعة » سأل صلى الله عليه وسلم ورب البيعة على فقد البيعة ، فإن أحضرها قضى بها لانتفاء التهمة عن الدعوى ترجيح جانب الصدق على الكذب ، وإن عجز عنها وطلب بين خصمه استحلفه عليها لما روينا ، يريد به قوله صلى الله عليه وسلم (لك بيعة) ولا بد من طلبه الاستحلاف لأن البيعة حقه ؛ ألا يرى أنه

(قوله وإن كان الثاني ، إلى قوله : إذا قضى القاضي بها حجة) أقول : قوله حجة فمفول ثان أن يعمل . قال المصنف : لقوله عليه الصلاة والسلام « ألك بيعة ؟ فقال لا ، فقال لك بيعة » (أقول : الرواية في المسابيح « فك بيعة » وهذا أظهر في الدلالة على الترتيب .

وَأَيُّهَا الْمَدْعَى عَلَيْهِ التَّوْبَاتُ بِذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى عَلَى سَبِيلِ التَّعْظِيمِ صَادِقًا ، وَلَا يُتَضَرَّرُ بِهِ بِوَجْهِ انْتِهَى . وَقَالَ صَاحِبُ التَّهْيَاةِ
بَعْدَ ذِكْرِهِ مَا فِي الْكَافِي : ثُمَّ إِنَّمَا رَتَّبَ الْعَيْنَيْنِ عَلَى الْبَيْتَةِ لِأَنَّ الْعَكْسَ ، لِأَنَّ نَفْسَ الدَّعْوَى لَيْسَتْ بِمُوجِبَةٍ اسْتِحْقَاقِ الْمَدْعَى
لِلْمَدْعَى لِأَنَّ فِيهِ إِسَاءَةُ الظَّنِّ بِالْآخَرِ ، وَذَلِكَ لِأَجْلِ فُجُوبِ إِقَامَةِ الْبَيْتَةِ عَلَى الْمَدْعَى لِإِثْبَاتِ اسْتِحْقَاقِهِ بِهَا ، فَيُطَالِبُهُ الْقَاضِي
بِذَلِكَ لِأَعْلَى وَجْهِ الْإِثْرَامِ عَلَيْهِ بَلْ عَلَى وَجْهِ التَّذَكُّيرِ ، فَلَوْ قَدِمْنَا الْعَيْنَ لَمْ يَكُنْ فِيهِ نَظَرٌ لِلْمَدْعَى عَلَيْهِ ، إِذْ إِقَامَةُ الْبَيْتَةِ مَشْرُوعَةٌ
بَعْدَ الْعَيْنِ ، فَلَوْ حَلَفْنَا أَوَّلًا ثُمَّ أَقَامَ الْمَدْعَى الْبَيْتَةَ اقْتَضَحَ الْمَدْعَى عَلَيْهِ بِالْعَيْنِ الْكَاذِبَةَ انْتَهَى . وَقَالَ صَاحِبُ الْعُنَايَةِ بَعْدَ نَقْلِ مَا فِي
التَّهْيَاةِ : وَفِيهِ نَظَرٌ ، وَيَبَيِّنُ وَجْهَ النَّظَرِ فِيهَا نَقْلَ عَنْهُ حَيْثُ قَالَ : وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الشَّرْعَ لَوْ وَرَدَ بِتَقْدِيمِ الْعَيْنِ لَمَا كَانَتْ إِقَامَةُ الْبَيْتَةِ بَعْدَ
ذَلِكَ مَشْرُوعَةً ، كَمَا إِذَا أَقَامَ الْبَيْتَةَ فَإِنَّ الْعَيْنَ بَعْدَهَا لَيْسَتْ بِمَشْرُوعَةٍ أ. هـ . وَقَالَ بَعْضُ الْفَضَلَاءِ : قَوْلُهُ لَمَا كَانَتْ إِقَامَةُ الْبَيْتَةِ بَعْدَ
ذَلِكَ مَشْرُوعَةً فِيهِ بَحْثٌ ، بَلْ تَكُونُ مَشْرُوعَةً الْبَيْتَةَ إِذَا حُجِرَ عَنِ الْعَيْنِ بِأَنْ نَكْلَ فَلْيَتَأَمَّلْ أ. هـ . أَقُولُ : يَحْتَجُّ هَذَا لَيْسَ بِشَيْءٍ لِأَنَّ
مُرَادَ صَاحِبِ الْعُنَايَةِ بِقَوْلِهِ الْمَذْكُورِ لَمَا كَانَتْ إِقَامَةُ الْبَيْتَةِ بَعْدَ تَحَقُّقِ الْعَيْنِ وَصُدُورِهِ مِنَ الْمَدْعَى عَلَيْهِ مَشْرُوعَةً يَرْشِدُ إِلَيْهِ قَطْعًا قَوْلُهُ
كَذَا إِذَا أَقَامَ الْبَيْتَةَ فَإِنَّ الْعَيْنَ بَعْدَهَا لَيْسَتْ بِمَشْرُوعَةٍ ، وَمُرَادُ صَاحِبِ التَّهْيَاةِ أَيْضًا بِقَوْلِهِ إِذَا إِقَامَةُ الْبَيْتَةِ مَشْرُوعَةً بَعْدَ الْعَيْنِ مَشْرُوعَةً
إِقَامَةُ الْبَيْتَةِ بَعْدَ تَحَقُّقِ الْعَيْنِ وَصُدُورِهِ مِنَ الْمَدْعَى عَلَيْهِ ، لِأَنَّ اقْتِضَاحَ الْمَدْعَى عَلَيْهِ بِالْعَيْنِ الْكَاذِبَةَ إِنَّمَا يَلْزَمُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ ، فَاحْتِمَالُ
كَوْنِ مَشْرُوعَةِ الْبَيْتَةِ إِذَا حُجِرَ الْمَدْعَى عَلَيْهِ عَنِ الْعَيْنِ بِأَنْ نَكْلَ لَا يَفِيدُ فِي دَفْعِ نَظَرِ صَاحِبِ الْعُنَايَةِ عَمَّا قَالَهُ صَاحِبُ التَّهْيَاةِ ، عَلَى
أَنَّ هَذَا الْإِحْتِمَالُ لَيْسَ بِصَحِيحٍ فِي نَفْسِهِ لِأَنَّ النُّكُولَ عَنِ الْعَيْنِ لَيْسَ بِمَعْجَزٍ عَنْهَا ، إِذْ هُوَ حَالَةٌ اخْتِيَارِيَّةٌ دَالَّةٌ عَلَى صِدْقِ الْمَدْعَى ،
بِخِلَافِ الْحُجْرِ عَنِ الْبَيْتَةِ عَلَى مَا لَا يَحْتَقِ . ثُمَّ أَقُولُ : بَقِيَ نَظَرُ آخَرٍ فِي كَلَامِ صَاحِبِ التَّهْيَاةِ ، وَهُوَ أَنَّ مَشْرُوعَةَ إِقَامَةِ الْبَيْتَةِ بَعْدَ
الْعَيْنِ تَقْتَضِي أَنْ لَا يَكُونَ اقْتِضَاحُ الْمَدْعَى عَلَيْهِ بِالْعَيْنِ الْكَاذِبَةَ مَحْدُورًا شَرْعِيًّا ، لِأَنَّ إِقَامَةَ الْبَيْتَةِ بَعْدَ الْعَيْنِ تَسْتَلْزِمُ الْاِقْتِضَاحَ الْمَرْبُورَ ،
وَمَشْرُوعَةَ إِقَامَتِهَا بَعْدَ الْعَيْنِ تَقْتَضِي حُسْنَهَا ، فَإِنَّ كُلَّ مَا هُوَ مَشْرُوعٌ فَهُوَ حَسَنٌ عِنْدَنَا ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ مَا يَسْتَلْزِمُ الْحُسْنَ الشَّرْعِيَّ
فَهُوَ حَسَنٌ شَرْعِيٌّ أَيْضًا فَلَا يَصِيرُ الْاِقْتِضَاحُ الْمَرْبُورَ مَحْدُورًا شَرْعِيًّا فَلَا يَمُتُّ التَّضَرُّبُ قِتَامُلًا .

كَيْفَ أَضْبِيفُ إِلَيْهِ بِحَرْفِ اللَّامِ فِي قَوْلِهِ هَذَا عَيْنَيْنِ ؟ قِيلَ إِنَّمَا جَعَلَ عَيْنَيْنِ الْمُنْكَرِ حَقَّ الْمَدْعَى لِأَنَّهُ يُزْعَمُ أَنَّ خُصْمَهُ أُنْوَى حَقَّهُ بِإِنْكَارِهِ ،
فَالشَّرْعُ جَعَلَ لَهُ حَقَّ اسْتِحْلَاحِهِ ، حَتَّى إِذَا كَانَ الْأَمْرُ كَمَا زَعَمَ فَالْعَيْنَيْنِ الْغَمُوسِ مَهْلِكَةٌ لَخُصْمِهِ فَيَكُونُ إِتْوَاءُ مُقَابَلَةٍ إِتْوَاءً وَهُوَ
مَشْرُوعٌ كَالْقَضَائِي ، وَإِنْ كَانَ الْأَمْرُ بِخِلَافِ مَا زَعَمَ فَالْمَدْعَى عَلَيْهِ التَّوْبَاتُ بِذِكْرِهِ تَعَالَى صَادِقًا ، ثُمَّ إِنَّمَا رَتَّبَ الْعَيْنَيْنِ
عَلَى الْبَيْتَةِ لِأَعْلَى الْعَكْسِ لِأَنَّ نَفْسَ الدَّعْوَى لَيْسَتْ بِمُوجِبَةٍ اسْتِحْقَاقِ الْمَدْعَى لَهَا إِدْعَاءً ، لِأَنَّ فِيهِ إِسَاءَةُ الظَّنِّ بِالْآخَرِ وَذَلِكَ
لِأَجْلِ فُجُوبِ إِقَامَةِ الْبَيْتَةِ عَلَى الْمَدْعَى لِإِثْبَاتِ اسْتِحْقَاقِهِ بِهَا فَيُطَالِبُهُ الْقَاضِي بِذَلِكَ لِأَعْلَى وَجْهِ الْإِثْرَامِ عَلَيْهِ بَلْ عَلَى وَجْهِ التَّذَكُّيرِ
لَهُ ، فَلَوْ قَدِمْنَا الْعَيْنَ لَمْ يَكُنْ فِيهِ نَظَرٌ لِلْمَدْعَى عَلَيْهِ ، إِذْ إِقَامَةُ الْبَيْتَةِ مَشْرُوعَةٌ بَعْدَ الْعَيْنِ ، فَمِنْ الْخِلَافِ إِقَامَتُهَا بَعْدَهَا ، وَفِي ذَلِكَ
الْفَتْوَا بِالعَيْنِ الْكَاذِبَةِ ، وَفِيهِ نَظَرٌ .

(قوله قيل إنما جعل) أقول: هذا التعليل لصاحب التهية وأصله في المبسوط (قوله وفي ذلك اقتضاه بالعين الكاذبة) أقول: انتهى كلام التهية
مع تفسير يسير في بعض عبارته (قوله وفي نظر) أقول: نقل من خط الشارح ما هو صورته: وجه ذلك أن الشرع لو ورد بتقديم
العين لما كان إقامة البينة بعد ذلك مشروعة كما إذا أقام البينة فإن العين بعدها ليست بمشروعة. انتهى قوله لما كان إقامة البينة بعد ذلك
مشروعة الخ فيه بحث، بل تكون مشروعة البينة إذا حُجِرَ عن العين بأن نكل فليتأمل.

(باب اليمين)

(وإذا قال المدعى لى بيعة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف) عند أبي حنيفة رحمه الله ، معناه حاضرة فى المصر .

(باب اليمين)

قال صاحب النهاية : وهذا الترتيب من الترتيب الوجودى لما أن مشروعية اليمين بعد العجز عن إقامة البيعة ، فلما ذكر حكم البيعة وما يتعلق به ذكر فى هذا الباب حكم اليمين له . أقول : فيه شىء ، وهو أن كون مشروعية اليمين بعد العجز عن إقامة البيعة لا يجرى على قول أبى يوسف رحمه الله ، وعلى قول محمد رحمه الله فى رواية كما سيظهر فى صدر هذا الباب ، فلم يكن ما ذكره وجهاً جامعاً لأقوال أئمتنا ، على أنه لما ذكر فى تقدم حال البيعة إجمالاً ذكر فيه أيضاً حال اليمين إجمالاً ، فهما مشتركان فى الذكر الإجمالى فيما قبل هذا الباب . وأما تفاصيل أحكام البيئات فتذكر فى هذا الباب كما تذكر تفاصيل أحكام اليمين فى هذا الباب ، فلم يظهر كون ترتيب الكتاب على الترتيب الوجودى ، فالأولى ما قاله صاحب النهاية من أنه لما ذكر أن الخصم إذا أنكر الدعوى وعجز المدعى عن إقامة البيعة وطلب اليمين يجب عليه أن يحلف أراد أن يبين الأحكام المتعلقة باليمين انتهى . وقال صاحب غاية البيان : أقول ما كان يحتاج هلنا إلى الفصل بالباب ، بل كان ينبغي أن يسوق الكلام متوالياً ، لأنه لما ذكر صحة الدعوى رتب عليها الحكم بالإقرار والبيعة واليمين انتهى . وقال الشارح العيني بعد نقل ما فى غاية البيان : قلت الذى رتبته المصنف هو الأصل لأنه لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد البيعة تعين ذكرها بعدما بأحكامها وشرطها انتهى . أقول : هذا الكلام منه فى معرض الجواب عما نقله من المجاب ، لأن ما استقبله صاحب غاية البيان إنما هو الفصل بالباب لا ذكر اليمين بعد البيعة ، وكيف وقد قال : بل كان ينبغي أن يسوق الكلام متوالياً ، فما ذكره الشارح العيني مما لا مساس له بدفع ما استقبله صاحب الغاية فكأنه ما فهم معنى صريح كلامه . ثم أقول : فى دفع ذلك إن أفراد بعض المسائل من بين أحوالها يوضع باب مستقل لها أو كتاب أو فصل لكثرة مباحثها وأحكامها ، أو لتعلق غرض آخر باستقلالها كإفراد الطهارة من بين سائر شروط الصلاة بوضع كتاب مستقل لها وغيرها مما له باب مستقل أو فصل مستقل شائع ذائع فيما بينهم ، وهذا الباب أيضاً من ذلك القليل ، ولهذا ترى الفقات من أصحاب الكتب المتبرة من الفتاوى وغيرها جروا على أفراد مسائل اليمين بباب أو فصل مستقل فليس ما صنعه المصنف هلنا بمحل استنباح ولا استبعاد كما لا يخفى (وإذا قال المدعى لى بيعة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة) هذا لفظ القدورى . قال المصنف (معناه حاضرة فى المصر) أى معنى قول القدورى : إذا قال المدعى لى بيعة حاضرة فى المصر . واحتراز بهذا التقييد عن البيعة الحاضرة فى مجلس الحكم ، فإن البيعة إذا حضرت فى مجلس الحكم لم يستحلفه بالاتفاق كما أشار إليه المصنف بقوله فيما ساقى كما إذا كانت البيعة حاضرة فى المجلس ، واحتراز بقوله حاضرة عن البيعة الغائبة عن الغائبة من المصر ، فإنها إذا غابت عن المصر يستحلف بالاتفاق . ثم إن الظاهر كان أن يقر المصنف قوله معناه حاضرة فى المصر بلذكر قول القدورى إذا قال المدعى لى بيعة حاضرة وقد أخره عن ذكر قوله وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله

(باب اليمين)

لما ذكر أن الخصم إذا أنكر الدعوى وعجز المدعى عن إقامة البيعة وطلب اليمين يجب عليه أن يحلف أراد أن يبين الأحكام المتعلقة باليمين . قال (وإذا قال المدعى لى بيعة حاضرة الخ) إذا قال المدعى لى بيعة حاضرة فى المصر وطلب يمين خصمه لم يستحلف عند أبي حنيفة . وقال أبى يوسف : يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف وهو قوله عليه الصلاة والسلام : لك يمينه .

(باب اليمين)

وقال أبو يوسف : يستحلف لأن العيين حقه بالحديث المعروف . فإذا طالبه به يجيبه . ولأبي حنيفة رحمه الله أن ثبوت الحق في العين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما رويناه فلا يكون حقه دونه . كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس .

فلعل وجهه أمران : أحدهما أن المصنف استقبح قطع كلام القدرى بكلام نفسه فانتظر أن يتم جواب مسألة القدرى ثم فسر مراده بالحضور في المصر . وثانيهما أن فائدة هذا التفسير الاحتراز عن صورة الحضور في المجلس حيث كان عدم الاستحلاف هناك بالاتفاق وفيما نحن فيه بالاختلاف ، فما لم يذكر القول المشعر بالخلاف في مسئلتنا وهو قول القدرى لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لم تظهر فائدة هذا التفسير ، فاقضى هذا السر تأخير المصنف قوله الزبور عن ذكر قول القدرى لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف : يستحلف لأن العيين حقه) أي حق المدعى (بالحديث المعروف) فسر عامة الشراح الحديث المعروف بما مر قبل هذا الباب من قول النبي صلى الله عليه وسلم « لك عينة » ولكن قال صاحب غاية البيان بعد ما فسر مراد المصنف بالحديث المعروف بما فسر به سائر الشراح : ويجوز أن يريد به قوله صلى الله عليه وسلم « والعيين على من أنكر » أقول : لا يذهب على من تتبع أساليب تحرير المصنف في كتابه هذا أنه يعبر عن الحديث الذي ذكره فيما قبل بما رويناه كما يعبر عن الآية التي ذكرها فيما قبل بما قلنا ، وعن الدليل العقلي الذي ذكره فيما قبل بما ذكرنا ، فلو كان مراده بالحديث المعروف ما ذكره فيما قبل من قوله عليه الصلاة والسلام « لك عينة » لماعدل عن أسأبه المقرر ، ألا يرى أنه كيف جرى على ذلك الأسلوب في ذكر دليل أبي حنيفة رحمه الله حيث قال : إن ثبوت الحق في العيين مرتب على العجز عن إقامة البينة بما رويناه مردياً به الحديث المذكور فيما قبل . فالحق أن مراده بالحديث المعروف إنما هو قول النبي صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى والعيين على من أنكر » أي ما جوزه صاحب الغاية لاخير . ويؤيده تحرير صاحب الكافي لهنا حيث قال : وقال أبو يوسف رحمه الله : يستحلف لمعوم قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى والعيين على من أنكر » انتهى . فإن قلت : الذي حل الشراح على تفسيرهم الحديث المعروف بما ذكر قول المصنف لأن العيين حقه ، فإن كون العيين حق المدعى يفهم من قوله عليه الصلاة والسلام « لك عينة » حيث أضاف إليه العيين بلام الملك والاختصاص . قلت : نعم ولكن يفهم ذلك أيضاً من قوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى والعيين على من أنكر » فإن كلمة على في قوله « على من أنكر » تدل على أن المنكر هو المستحق عليه بالعيين فالمستحق له هو المدعى . نعم انهماه من الأول أظهر ، لكن هذا لا يوجب حل كلام المصنف رحمه الله على خلاف ما جرت عليه عادته المطردة (فإذا طالبه به يجيبه) أي إذا طالب المدعى عليه بالعيين يجيب القاضي المدعى : أي يحكم له بيمينه ألمدعى عليه أو يجيب المدعى عليه المدعى : أي يحلف (ولأبي حنيفة أن ثبوت الحق في العيين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما رويناه) من قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى » ألك بينة ؟ فقال لا ، فقال : لك عينة ، فإنه ذكر العيين بعد ما عجز المدعى عن البينة (فلا يكون حقه دونه) أي لا يكون العيين حق المدعى دون العجز عن إقامة البينة : أي بغير العجز عنها . أقول : لقاتل أن يقول : إن كون ثبوت الحق في العيين مرتباً على العجز عن إقامة البينة فيما رواه من الحديث الشريف لا يدل على أن لا يكون العيين حق المدعى دون العجز عنها إلا بطريق مفهوم مخالفة وهوليس بحجة عندنا ، فكيف يتم الاستدلال به في مقابلة عموم الحديث المشهور وموقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى والعيين على من أنكر » (كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس) أي مجلس الحكم حيث لا يثبت له حق العيين هناك فكلما لهنا والجامع القدرى على إقامة البينة . أقول : لأبي يوسف رحمه الله أن يفرض بين

فإذا طالبه به يجيبه . ولأبي حنيفة أن ثبوت الحق في العيين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما رويناه من قوله عليه الصلاة والسلام للمدعى « ألك بينة ؟ فقال لا ، فقال : لك عينة » فإنه عليه الصلاة والسلام ذكر العيين بعد ما عجز المدعى عن البينة

(قوله فإنه ذكر العيين بعد ما عجز الخ) أقول : فيه تأمل ، فإن دلالة ذكر العيين بعد ما عجز للمدعى عن البينة على أن لا يكون حقه دونه

ومحمد مع أبي يوسف رحهما الله فيا ذكره الخصاص، ومع أبي حنيفة فيا ذكره الطحاوى . قال (ولا تردّ البيّن على المدعى) لقوله عليه الصلاة والسلام « البيّنة على المدعى ، واليمين على من أنكر » قسم والقسمه تنافى الشركة ، وجعل جنس الإيمان على المنكرين ،

الصورتين بأن يقول : إذ لم تكن البيّنة حاضرة في مجلس الحكم فلمدعى غرض صحيح في الاستحلاف ، وهو أن يقصر المسافة والمؤنة عليه بإقرار المدعى عليه أو يتكلمه من البيّن فيتوصل إلى حقه في الحال فكان له حق اليمين ، بخلاف ما إذا كانت البيّنة حاضرة في مجلس الحكم ، فإن هذا الغرض : أعنى قصر المسافة والمؤنة عليه والتوصل إلى حقه في الحال يحصل بإقامة البيّنة ، فلم يبق له غرض صحيح في الاستحلاف قبل إقامتها فلم يكن له حق اليمين قبلها فلم يتم الاستدلال على قول أبي حنيفة رحمه الله هاهنا بطريق القياس أيضا كما يشعر به كلام المصنف (ومحمد مع أبي يوسف فيا ذكره الخصاص ومع أبي حنيفة فيا ذكره الطحاوى) قال صاحب غاية البيان : وهذه رواية صجيبة ، لأن الشيخ أبا جعفر الطحاوى قال في مختصره : ومن ادعى على رجل مالا ذكره وطلب من القاضي استحلافه له على ذلك بعد إنكار المدعى عليه عند القاضي ما ادعاه المدعى ، فإن أبا حنيفة رحمه الله قد روى عنه في ذلك أن القاضي لا يستحلف له المدعى عليه إن ذكر المدعى أن له على دعواه بيّنة حاضرة ، ولم نجد هذه الرواية عن محمد رحمه الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : يستحلف له على ذلك ، ولا يمنعه من استحلافه له ذكره أن له بيّنة حاضرة تشهد له على دعواه ، إلى هنا لفظ الطحاوى في مختصره ، وقد أنكر الرواية عن محمد أصلا كما ترى ، ومع هذا كيف يدعى صاحب الهداية أن عمدا مع أبي حنيفة رحمه الله فيا ذكره الطحاوى ؛ ألا ترى أن القدرى قال في كتاب التفرّب : قال الطحاوى لم توجد هذه الرواية عن محمد انتهى كلام صاحب الغاية . وقال الشارح العيني بعد أن ذكر إنكار صاحب الغاية على المصنف في جعله عمدا مع أبي حنيفة فيا ذكره الطحاوى وبعد أن نقل ما قاله صاحب الغاية إجمالا . قلت : لأوجه لهذا الإنكار لأن عدم وقوف الطحاوى على أن عمدا مع أبي حنيفة لا يستلزم عدم وقوف غيره من المصنف وغيره انتهى . أقول : هذا الكلام منه عجيب ، لأن الذى أنكر فيه صاحب الغاية على المصنف إنما هو إسناده المصنف رواية كون محمد مع أبي حنيفة إلى الطحاوى بناء على أن الطحاوى قد أنكر هذه الرواية عن محمد بالكلية في مختصره ، فكيف يصح أن يستنها المصنف إليه ، وليس الذى أنكر فيه صاحب الغاية على المصنف صحة هذه الرواية عن محمد رحمه الله في أصلها ، حتى يتمشى ما قاله العيني من أن عدم وقوف الطحاوى على هذه الرواية لا يستلزم عدم وقوف غيره عليها ، وكون عمل إنكار صاحب الغاية ما ذكرناه مما ينادى عليه ألفاظ تحريره فكيف نخفى على الشارح العيني (قال) أى القدرى في مختصره (ولا تردّ البيّن على المدعى لقوله عليه الصلاة والسلام « البيّنة على المدعى واليمين على من أنكر » وجه الاستدلال به ما أشار إليه المصنف بقوله (قسم) أى قسم النبى صلى الله عليه وسلم بين الخصمين حيث جعل البيّنة على المدعى واليمين على من أنكر (والقسمه تنافى الشركة) لأن الشركة تقتضى عدم التمييز والقسمه تقتضى التمييز وهما متنافيان . ويقول (وجعل جنس الإيمان على المنكرين) إذ الألف واللام للاستغراق بلجنس بناء على ما تقرّر في كتب الأصول أن لام التعريف تحمل على الاستغراق ، ويقدم على تعريف الحقيقة إذا لم يكن هناك

فلا يكون حقه دونه كما إذا كانت البيّنة حاضرة في مجلس الحكم ، ومحمد مع أبي يوسف فيا ذكره الخصاص ، ومع أبي حنيفة فيا ذكره الطحاوى ، ولا تردّ البيّن على المدعى لأنه صلى الله عليه وسلم قسم بين الخصمين فجعل البيّنة على المدعى واليمين على من أنكر ، والقسمه تنافى الشركة لأنها تقتضى عدم التمييز والقسمه تقتضيه (قوله وجعل جنس الإيمان على المنكرين على قوله

ليست في الظهور بحيث لا يقبل اللحن (قال المصنف : فلا يكون حقه دونه) أقول : لعل أبا يوسف يقول هذه الصيغة كتولة تمال - فاشتبهوا شيبين من رجالكم - فإن لم يكونا رجلين فربل وإرتأتان - ثم هناك تقبل شهادة الرجال مع النساء بدون العيز من شهادة الرجال - فكذا هنا ينبغي أن يحذف الاختلاف دون العيز من البيّنة فليتأمل ، فإنه يجوز أن يجاب به بأجوبة عديدة منها ما يفيد إليه قوله كما إذا كانت الخ (قوله ومحمد مع أبي يوسف) أقول : ولعل أبا يوسف يكتفى بالعيز في المجلس فإن المجلس خصائص (قال المصنف : قسم الخ)

وليس وراء الجلس شيء ، وفيه خلاف الشافعي رحمه الله . قال (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق ،

معهود ، وهاهنا كذلك) وليس وراء الجلس شيء أي شيء من أفراد ذلك الجلس فيكون المعنى أن جميع الأيمان على المتكرين ؛ فلو ردّ العين على المدهي لزم المخالفة لهذا النص فقد حصل من كلام المصنف الاستدلال بالحديث المزبور على المسئلة المذكورة من وجهين كما ترى (وفيه خلاف الشافعي) أي في عدم ردّ العين على المدهي خلاف الشافعي . قال صاحب الكافي ؛ وعند الشافعي إذا لم يكن للمدهي بينة أصلا وحلف القاضي المدهي عليه فتكلّم يردّ العين على المدهي ، فإن حلف قضي به وإلا لا ، لأن الظاهر صار شاهدا للمدهي بنكوله فيعتبر بميمته كالمدهي عليه ، وكذا إذا أقام المدهي شاهدا واحدا وصحّ عن إقامة شاهد آخر فإنه يردّ العين عليه ، فإن حلف قضي له بما ادّعى ، وإن نكل لا يقضي له بشيء ، لأنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد وبعين ، ثم قال ؛ وحديث الشاهد واليمين غريب ، وما رويناه مشهور نقلته الأمة بالقبول حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه ، على أن يحيى بن معين قد رده انتهى . وقال الإمام الأزملي في التبيين ؛ قال الشافعي ؛ إذا لم يكن للمدهي بينة يخلف المدهي عليه ، فإذا نكل تردّ العين على المدهي ، فإن حلف قضي له ، وإن نكل لا يقضي له لأن الظاهر صار شاهدا للمدهي بنكوله فيعتبر بميمته كالمدهي عليه ، فإنه لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر بميمته . وقال أيضا ؛ إذا أقام المدهي شاهدا واحدا وصحّ عن الآخر يخلف المدهي ويقضي له ، لما روى ؛ أنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد وبعين ، ويرى ؛ أنه عليه الصلاة والسلام قضى باليمين مع الشاهد . ولنا ما رويناه وما رواه ضعيف ردّه يحيى بن معين فلا يعارض ما رويناه ، ولأنه يرويه بريعة عن سهل بن أبي صالح وأنكره سهل فلا يثبت حجة بما دأبنا أنكره الراوي فضلا عن أن يكون معارضا للشاهدين ، ولأنه يحتمل أن يكون معناه قضى ثارة بشاهد ؛ يعني يضمنه وتارة يمين ، فلا دلالة فيه على الجمع بينهما ، وهذا كما يقال ركب زيد القرس والبطة ، والمراد على التعاقب ، ولئن سلم أن يقضي بالجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدهي ، بل يجوز أن يكون المراد به يمين المدهي عليه ، ونحن نقول به لأن الشاهد الواحد لا يعتبر ، فوجوده كمله فيخرج إلى يمين المتكر عملا بالشاهدين ، إلى هنا كلامه (قال) أي القدر الذي يخصه (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق) أراد بالملك المطلق أن يدعي الملك من غير أن يتعرض للسبب

عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكره وليس وراء الجلس شيء) استدلال آخر بالحديث ، وفيه خلاف الشافعي وسبأني . قال (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق الخ) ولا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق لأنه مدهي عليه ، وليس عليه البينة لما رويناه ، وقيد بالملك المطلق احترازا عن القيد بدعوى التنازع ، وعن القيد بما إذا ادّعى تقي الملك من واحد وأحدها قابض ، وبما إذا ادّعى الشراء من الاثنين وتاريخ أحدهما أسبق لأن في هذه الصور تقبل بينة ذي اليد بالإجماع . فإن قيل ؛ أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدهي عليه . قلت ؛ نعم لأن قبولها من حيث مادعي من الزيادة من التنازع والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبيئة للمدهي . فإن قلت ؛ فهل يجب على الخارج العين لكونه إذ ذاك مدهي عليه قلت لا ، لأن العين إنما تجب عند عجز المدهي عن البينة وهاهنا لم يعجز ، وإذا تعارضت بينة الخارج وبينة ذي اليد في الملك

أقول ؛ استئناف ينافي (قال المصنف) وفيه خلاف الشافعي أقول ؛ قيل إذا نكل للمدهي عن العين وطلب ردّها على المدهي صار الظاهر شاهدا للمدهي وصار المدهي من هذه الجهة منكرا ، فإن المتكر من يتسكع بالظاهر ويحتج برفع الخلاف ويكون أنزاع لفظيا . قلنا ؛ على تقدير تسليم ذلك لا يرتفع الخلاف ، فإن الخلاف بيننا وبين الشافعي في جواز ردّ العين على المدهي وعنده ، وهذا يحقّقه ، وإنما يكون تسليم ذلك رافعا للخلاف لو كان الخلاف في جعل جلس الأيمان على المتكرين وعنده ، وليس كذلك بل الخلاف في جواز ردّ العين وعنده والجميع ، ولا يجبر ردّها على المدهي ، فالصواب عدم تسليم صيرورة المدهي منكرا من حيثية النكول ، إذ يلزم من عدم تعيين المدهي والمتكر وعدم لزوم العين على معين ويلزم التسلسل في ردّ العين وكل ذلك باطل ، وكذا ما يؤيد إليه (قال المصنف ؛ ولا تقبل بينة صاحب اليد الخ) أقول ؛ بل عليه العين إن جبر الخارج ، ولهذا المعنى أوردنا هنا ، ويجوز أن يكون ذكرنا استطرادا للسلطة السابقة كأنه قيل ؛ لا تقبل بين المدهي ولا بينة المدهي عليه والدليل مستند في كليهما خلاف الشافعي (قوله فهو من تلك الجهة مدع) أقول ؛ لو كان معناه لصديقته عليه ، وليس كذلك فإنه لا يجبر الخارج على الصنعة ويجبر هو عليه (قوله قلت لا لأن العين) أقول ؛ أنت خير بأن مراد السائل فهل يجب

وبينة الخارج أولى .

بأن يقول هذا ملكي ولا يقول هذا ملكي بسبب الشراء أو الإرث أو نحوه ذلك ، وهذا لأن المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالثبوت ولا بالإثبات ، وقيد الملك بالمطلق احتراز عن القيد بدعوى التنازع ، وعن القيد بما إذا ادعى تملك الملك من واحد وأحدهما قابض ، وبما إذا ادعى الشراء من اثنين وأثرنا وتاريخ ذي اليد أسبق ، فإن في هذه الصورة تقبل بينة ذي اليد بالإجماع ، كذا في الشروح . قال صاحب العناية بعد هذا ، فإن قيل : أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه ؟ قلت نعم ، لأن قولها من حيث ما ادعى من زيادة التنازع والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبيئة للمدعى . فإن قلت : فهل يجب على الخارج البين لكونه إذ ذاك مدعى عليه ؟ قلت : لا ، لأن البين إنما يجب عند عجز المدعى عن البينة ، وههنا لم يعجز ، إلى ههنا كلامه . وقد أورد بعض الفضلاء على جوابه عن السؤال الأول بأنه لو كان مدعيا لصديق تعريفه عليه ، وليس كذلك فإنه لا يغير الخارج على الخصومة ويغير هو عليه . وعلى جوابه عن السؤال الثاني بأن مراد السائل فهل يجب على الخارج البين عند عجز ذي اليد عن البينة وإلا فلا تمشية لسؤاله أصلا ؟ أقول : إرادته الثاني متوجه ظاهر ، وقد كنت كتبت في مسوداتي قبل أن أرى ما كتبه . وأما إرادته الأول فتدفع لأن ذا اليد لا يغير على الخصومة من حيث أنه مدع الزيادة المذكورة في الصور المزبورة ، وإنما يغير عليها من حيث أنه مدعى عليه باستحقاق الخارج لما في يده ، وهذا ظاهر وكذا الخارج إنما لا يغير على الخصومة من حيث أنه مدع على ذي اليد استحقاقه لما في يده . وأما من حيث أنه مدعى عليه بالزيادة المذكورة في الصورة المزبورة فيجب عليها . وتحقيقه أن دعوى ذي اليد في الصورة المزبورة دعوى تابعة لدعوى الخارج حيث يقصد بها ذو اليد دفع دعوى الخارج لا دعوى مبتدأة مقصودة بالأصل ، فحق جري الخارج على دعواه يدعى عليه ذو اليد الزيادة المذكورة ، ويغير الخارج على الجواب عن دعوى ذي اليد والخصومة معه من حيثية كونه مدعى عليه ، وإن ترك الخارج دعواه لا يدعى عليه ذو اليد شيئا لكون دعواه تابعة لدعوى الخارج ، وترك المتبع يستلزم ترك التابع فلا يغير الخارج على الخصومة معه أصلا ، ولولا هذا التحقيق لانتقض تعريف المدعى والمدعى عليه بما هو دواعي عام صحيح على ما نص عليه المصنف فيما قبل وتقرر عندهم ، وهو أن المدعى من لا يغير على الخصومة إذا تركها ، والمدعى عليه من يغير على الخصومة بصور كثيرة غير الصورة المزبورة ، كما إذا ادعى رجل على آخر ديننا معينا فادعى الآخر عليه إيفاء ذلك الدين إياه أو إيراد من ذلك الدين فإن الأول لو ترك الخصومة لم يغير عليها مع كونه مدعى عليه بالإيفاء أو الإبراء ، وكذا الحال في جميع صور دواعي الدفع فالتخلص في الكل ما ينشأ وحقيقته . ثم أقول : بقى لنا كلام في أثناء جواب صاحب العناية عن السؤال الأول ، وهو أنه يسن الزيادة التي يدعيها ذو اليد في الصور المزبورة بالتنازع والقبض وسبق التاريخ ، فالأول والثالث صحيحان ، والثاني ليس بظاهر الصحة لأن معنى كون أحدهما قابضا في الصورة الثانية أن يكون المدعى في يده بالتعلل لا أن يثبت قبضه بالبيئة على ما سيجي تفسيره وبيانه في الكتاب ، وشرحه في باب ما يدعيه الرجلان . ولا يخفى أن كون المدعى في يد القابض في تلك الصورة أمر معاني لا يدعيه ذو اليد أصلا فضلا عن إقامة البينة عليه وقبل بينة الإجماع فظهر أن بيان ما ادعاه ذواليد من الزيادة في الصورة المزبورة بالقبض ليس بتمام . فالحق أن يقول بدل قوله والقبض وتلقى الملك من شخص مخصوص فتدبر (وبينة الخارج أولى) يعني أن بينة الخارج وبينة ذي اليد إذا تعارضتا على الملك المطلق فبينة الخارج أولى بالقبول عندنا ، وفي أحد قولي الشافعي تأتت البيئتان ويكون المدعى لدى اليد تركا في يده وهذا قضاء تركه لا قضاء ملك ، وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيفضي بها لدى اليد قضاء ملك بالبيئة وهو الذي

المطلق فبينة الخارج أولى لعدم زيادة بصير بها ذو اليد مدعيا . وقال الشافعي : يقضى بينة ذي اليد لأنها اعتضدت باليد والمحدث أقوى ، فصار كما إذا أقامها على تنازع دابة وهي في يد أحدهما ، أو أقامها على نكاح ولأحدهما يد ، فإنه يقضى لدى اليد ، وصار كدعوى الملك مع الاعتقاد بأن يكون عبد في يد رجل أقام الخارج البينة أنه عبده أعقه ، وأقام ذو اليد البينة أنه أعقه وهو يملكه ، فبينة ذي اليد أولى من بينة الخارج على العتق ، وكذلك في دعوى الاستيلاء والتدبير . ولنا أن بينة الخارج أكثر

على الخارج البين عند عجز ذي اليد عن البينة وإلا فلا تمشية لسؤاله أصلا فليتأمل (قوله لعدم زيادة بصير بها اليد) أقول : يعني لعدم زيادة

وقال الشافعي : يقضى بينة ذى اليد لاعتضادها باليد فيقتوى الظهور وصار كالتاج والنكاح ودعوى الملك مع الإعتاق والاستيلاء والتدبير . ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتا أو إظهارا لأن قدر ما أثبتته اليد لائتمته بينة ذى اليد ، إذ اليد دليل مطلق الملك ،

ذكره المصنف بقوله (وقال الشافعي : يقضى بينة ذى اليد لاعتضادها باليد) أي لتأكد البينة باليد لأن اليد دليل الملك (فيقتوى الظهور) أي فيقتوى ظهور المدعى (وصار) أي صار حكم هذه المسئلة (كالتاج) أي كحكم مسئلة التاج بأن ادعى كل واحد من الخارج وذى اليد أن هذه الدابة تنجست عنده وأقاما البينة على ذلك ولأحدهما يد فإنه يقضى لذى اليد (والنكاح) أي وكحكم مسئلة النكاح بأن تنازعا في نكاح امرأة وأقاما البينة على ذلك ولأحدهما يد فبينة ذى اليد أولى (ودعوى الملك مع الإعتاق) أي وكحكم مسئلة دعوى الملك مع الإعتاق بأن يكون عبد في يد رجل أقام الخارج البينة أن عبده أعنته وأقام ذو اليد البينة أنه أعنته وهو يملكه فبينة ذى اليد أولى (أو الاستيلاء) عطف على الإعتاق ، فالمنع : أو دعوى الملك مع الاستيلاء بأن تكون أمة في يد رجل فأقام كل واحد من الخارج وذى اليد البينة أنها أمته استولدها فبينة ذى اليد أولى (أو التدبير) أي أو دعوى الملك مع التدبير بأن يكون عبد في يد رجل فأقام كل واحد من الخارج وذى اليد البينة أنه عبده دبره فبينة ذى اليد أولى (ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتا) أي في علم القاضي (أو إظهارا) أي في الواقع فإن بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع (لأن قدر ما أثبتته اليد لائتمته بينة ذى اليد ، إذ اليد دليل مطلق الملك) الأيرى أن من رأى شيئا في يد إنسان جاز له أن يشهد بأنه ملك له ، فبينة ذى اليد غير مثبتة للملك لثلاث يلزم تحصيل الحاصل ، وإنما هي مؤكدة للملك الثابت باليد ، والتأكيد إثبات وصف للموجود لا لإثبات أصل الملك . وأما بينة الخارج فتثبت لأصل الملك ، فصح قولنا إنها أكثر إثباتا ، وما هو أكثر إثباتا في البينة فهو أولى بالقبول لتوفر ما شرحت البيئات لأجله فيه . هذا زبدة ما في الشروح في حل كلام المصنف هاهنا . فإن قيل : بينة الخارج تزيد ما أثبتته اليد من الملك فبينة ذى اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل . أجب بأن البينة ليست موجهة بنفسها حتى تزيد بينة الخارج ما ثبت باليد ، وإنما تصير موجهة عند اتصال القضاء بها كما تقدم ، فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه ، وإثبات الثابت لا يتصور فلا تكون بينة ذى اليد مثبتة بل مؤكدة للملك ثابت ، والتأسيس أولى من التأكيد ، وكذا في العناية . أقول : بنى هاهنا شيء ، وهو أن المبادر من قولهم إن بينة الخارج أكثر إثباتا ومن قولهم إن بينة الخارج أولى بالقبول من بينة ذى اليد في الملك المطلق أن لدى اليد أيضا بينة وأن من حقه إقامتها على الملك المطلق أيضا ، إلا أن بينة الخارج أولى بالقبول من بينته لكونها أكثر إثباتا ، لكن التحقيق يقتضى أن لا يكون لدى اليد بينة شرعية في الملك المطلق ، وأن لا يكون من حقه إقامتها على الملك المطلق أصلا لأنه مدعى عليه محض ، وليس على المدعى عليه غير التمين بالتحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام

إثباتا : يعنى في علم القاضي ، أو إظهارا : يعنى في الواقع ، فإن بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع لأن قدر ما أثبتته اليد لائتمته بينة ذى اليد ، لأن اليد دليل مطلق الملك فبينة ذى اليد تثبت الحاصل ، بخلاف بينة الخارج فلها تثبت الملك أو ظهوره ، وما هو أكثر إثباتا في البيئات فهو أولى لتوفر ما شرحت البيئات لأجله فيه . فإن قيل : بينة الخارج تزيد ما أثبتته اليد من الملك فبينة ذى اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل . أجب بأنها ليست موجهة بنفسها حتى تزيد بينة الخارج ما ثبت باليد ، وإنما تصير موجهة عند اتصال القضاء بها كما تقدم ، فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه ، وإثبات الثابت لا يتصور فلا تكون بينة مثبتة بل مؤكدة للملك ثابت ، والتأسيس أولى من التأكيد ، بخلاف التاج والنكاح ، لأن اليد لا تصلح على ذلك فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة ، فكانت كل واحدة من البيتين للإثبات فترجح إحداها باليد . فإن قيل : كان الواجب أن تكون بينة الخارج أولى لكونها أكثر

يعبر بذلك الزيادة ذى اليد لمعها (قوله أو إظهارا . الخ) أقول : لعل الظاهر أن أوله في التصريح (قوله لأن قدر ما أثبتته اليد الخ) أقول : لتبين لقوله إن بينة الخارج أكثر إثباتا (قوله وما هو إلى قوله لأجله فيه) أقول : التفسير في قوله في راجع إلى الوصول في قوله وما هو (قوله كما تقدم الخ) أقول : في الورق السابق عند شرح قول المصنف : وإذا صحت الدعوى بشرطها :

بخلاف النتائج لأن اليد لاتندل عليه . وكذا على الإعتاق وأخيه وعلى الولاء الثابت بها . قال (وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول وأثزمه ما ادعى عليه) وقال الشافعي : لا يقضي به بل يرد اليمين على المدعى ، فإذا حلف يقضي به لأن النكول يعمثل التورّع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال . ويمين المدعى دليل الظهور فيصير إليه . ولنا أن النكول دل على كونه باذلاً أو مقراً ، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً

« البينة على المدعى واليمين على من أنكره » كما مر بيانه . فالأظهر في الاستدلال من قبلنا على مسئلتنا هذه ما ذكر في بعض الشروح من أن لنا قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى واليمين على من أنكره » فإنه عليه الصلاة والسلام جعل جميع البينة في جانب المدعى : لأن اللام في البينة لاستغراق الجنب لعدم العهد فلم يبق في جانب المدعى عليه إلا اليمين ، والمدعى اسم لمن يدعى الشيء ولادلالة معه . ولهذا يقال لسلمة الكذاب مدعى التبرئة والخارج بهذه المثابة لأنه لادلالة معه على الملك ، بخلاف ذى اليد فإن اليد دليل الملك انتهى (بخلاف النتائج لأن اليد لاتندل عليه) فكانت بينة ذى اليد كينة الخارج مثبتة لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البيتين للإثبات فترجعت إحداها باليد ، وكذا الحال في النكاح ، إلا أن المصنف لم يذكره من بين أخواته إما نسياناً وإما اعتدالاً على مرفعه كما ذكره في النتائج (وكذا على الإعتاق وأخيه) أي وكذا اليد لاتندل على الإعتاق وأخيه وهما الاستيلاء والتدبير ، فاستوت البيتان في الإثبات في هذه الصور أيضاً فترجعت إحداها باليد (وعلى الولاء الثابت بها) أي بهذه الأشياء الثلاثة وهى : الإعتاق ، والاستيلاء ، والتدبير : يعنى أن اليد لاتندل على الولاء الثابت بها أيضاً فاستوت البيتان في ذلك أيضاً فترجعت إحداها باليد (قال) أى القدرى في مختصره (وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول) أى قضى القاضى على المدعى عليه بالنكول (وأثزمه ما ادعى عليه) أى وأثزم المدعى عليه ما ادعى عليه المدعى . وفى بعض نسخ مختصر القدرى : وأثزمه بدل وأثزمه : أى وأثزم المدعى عليه ما ادعى عليه المدعى (وقال الشافعي : لا يقضي به) أى بالنكول (بل يرد اليمين على المدعى ، فإذا حلف) المدعى (يقضى به) أى يقضى به بما ادعاه ، وإن نكل المدعى أيضاً انقطعت المنازعة (لأن النكول) تعليل لقوله لا يقضى به (يعمثل التورّع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة) أى عن اليمين الصادقة ، كما روى عن عثمان رضى الله تعالى عنه أنه نكل عن اليمين وقال : لأصاف أن يوافقها قضاء فيقال إن عثمان حلف كاذباً ، كذا ذكره الإمام خواهر زاده في مبسوطه (واشتباه الحال) أى ويحتمل اشتباه الحال عليه بأن لا يدري أنه صادق في إنكاره فيحلف أو كاذب فيه فيسنتع (فلا ينتصب) أى لا ينتصب نكول المدعى عليه (حجة مع الاحتمال) المذكور (ويمين المدعى دليل الظهور أى دليل ظهور كون المدعى محملاً (فيصير إليه) أى فيرجع إلى يمين المدعى (ولنا أن النكول) أى نكول المدعى عليه (دل على كونه باذلاً) أى دل على كون المدعى عليه باذلاً إن كان النكول باذلاً كما هو مذهب أبى حنيفة (أو مقراً) أى على كونه مقراً إن كان النكول إقراراً كما هو مذهبهما (ولولا ذلك) أى ولولا كونه باذلاً أو مقراً (لأقدم على اليمين إقامة للواجب) وهو اليمين لأنها واجبة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم « واليمين على من أنكره » وكلمة على للوجوب (ودفعاً

إثباتاً لأنها تثبت الي والتأج ، وبينة ذى اليد تثبت النتائج لاغير . أوجب بأن بينة النتائج لا توجد إلا أولية الملك وهما تساوى في ذلك وترجع ذو اليد باليد فيقضى له (قوله وكذا على الإعتاق) أى اليد لاتندل على الإعتاق والاستيلاء والتدبير ، فتعاضدت بينة الخارج وذى اليد ثم ترجعت بينة ذى اليد (قوله وعلى الولاء الثابت بها) أى بالإعتاق والاستيلاء والتدبير ، ومعناه أن البيتين في الإعتاق وأخيه تدلان على الولاء ، إذ الولاء حاصل للعبد بتصادقهما وهما قد استويا في ذلك وترجع صاحب اليد بحكم يده (قال : وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين النك) وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى الحاكم عليه بالنكول وأثزمه ما ادعاه

(قوله وهما قد استويا في ذلك) أقول : يعنى استويا في الولاء ، وقوله وهما راجع إلى البيتين . قوله معناه أن البيتين في الإعتاق الخ .

للفر عن نفسه فترجع هذا الجانب ،

للفر عن نفسه) أى دفعا للفر الدعوى عن نفسه (فترجع هذا الجانب) واعلم أن حلّ المراد بهذه المقدمة من دليلنا وربطه بما قبلها من مناقض هذا الكتاب ، ولهذا لم يخل كلام كل واحد من الشراح هاهنا عن اختلال واضطراب ، فقال صاحب العناية : فترجع هذا الجانب : أى جانب كونه باذلاً إن ترفع أو مقراً إن تورع . لأن الترفع والتورع إنما يخل إذا لم يفض إلى الضرر بالغير انتهى . أقول : فيه بحث ، أما أولاً فلأن توزيع كونه باذلاً أو مقراً إلى التورع والترفع مما لا يكدأ يصح هاهنا ، لأن النكول عند أى حنيقة يذل لأغير ، وعندهما إقرار لأغير ، فعل التوزيع المزبور لا يثبت الرجحان في هذا الجانب على الترفع والتورع معاً في واحد من المذهبين ، بل إنما يثبت رجحان كونه باذلاً في مذهب أى حنيقة على الترفع فقط ، ورجحان كونه مقراً في مذهب على التورع فقط ، وبه لا يمت المطلوب على شيء من المذهبين ، لأن الترفع وحده أو التورع وحده يحتمل واحداً من المحتملات المذكورة في دليل الشافعي ، وبمعرج رجحان هذا الجانب على واحد من تلك المحتملات لا يتعين كونه مراداً للناكل حتى يتم المطلوب . والحاصل أن تقرير صاحب العناية خلط للمذهبين كما ترى . وأما ثانياً فلأننا لنسلم أن التورع عن العيين الكاذبة سبياً عن العيين الغموس كما فيا نحن فيه ، إنما يخل إذا لم يفض إلى الضرر بالغير بل الظاهر أن التورع عنها واجب في كل حال . واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال : فيه بحث ، فإن ما ذكره من الإنفشاء إلى الضرر بالغير غير ظاهر انتهى . أقول : هذا غير وارد ، فإن الإنفشاء إليه في صورة التورع عن العيين الكاذبة ظاهر جداً ، لأن كون المنكر كاذباً في يمينه إنما يتصور فيها إذا كان للمدعي حق عليه في الواقع ، فيحينئذ لو تورع عن العيين الكاذبة بدون البذل أو الإقرار أنفضى إلى الضرر بالمدعي قطعاً لتضييع حقه وهو ما ادعاه ، وكذا الإنفشاء إليه في صورة الترفع عن العيين الصادقة يظهر بأدى تأمل ، لأن يمين

عليه ، وقال الشافعي : لا يقضى عليه بل ترد العيين على المدعي ، فإن حلف قضى به ، وإن نكل انقضت المازعة ، لأن نكول المدعي عليه يحتمل التورع عن العيين الكاذبة والترفع عن الصادقة ويحتمل اشتباه الحال ، وما كان كذلك لا ينتصب حجة ، بخلاف يمين المدعي لأنه دليل الظهور فيصاريه . ولنا أن النكول دل على كونه باذلاً إن كان النكول بدلاً كما هو مذهب أى حنيقة ، أو مقراً إن كان إقراراً كما هو مذهبها ، إذ لو لا ذلك لأقدم على العيين إقامة للواجب لأنها واجبة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » وكلمة على الوجوب ، ودفعا للفر عن نفسه فترجع هذا الجانب : أى جانب كونه باذلاً إن ترفع ، أو مقراً إن تورع ، لأن الترفع أو التورع إنما يخل إذا لم يفض إلى الضرر بالغير . واعتراض بأن الإلزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس ، لأن الله تعالى قال - واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء - فالقضاء بالنكول يخالفه . وقال صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ولم يذكر النكول واليمين في جانب المدعي عليه في الابتداء لكون الظاهر شاهداً له ، وبنكوله صار الظاهر شاهداً للمدعي فتعود اليمين إلى جانب المدعي ، ولهذا بدأنا في اللعان بالأيمان من جانب الزوج لشهادة الظاهر ، فإن الإنسان لا يلتزم فرائضه كاذباً وإن كان مدعياً . وأجيب بأن الكتاب والسنة ليس فيهما ما يدل على نفي القضاء بالنكول ، لأن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على الحكم بما عداه ، والإجماع يدل على جوازه ، فإنه روى إجماع الصحابة على ذلك ، وما روى عن علي رضي الله عنه أنه حلف للمدعي بعد نكول المدعي عليه فقد روى عنه خلاف ذلك . روى عن شريح أن المنكر طلب منه ردّ العيين على المدعي ، فقال : ليس لك إليه سبيل ، وقضى بالنكول بين يدى علي رضي الله عنه ، فقال له علي : قالون ، وهو بلفظ أهل الروم أصبت .

(قوله إذا لم يفض إلى الضرر إلخ) أقول فيه بحث ، فإن ما ذكره من الإنفشاء بالضرر إلى الغير غير ظاهر (قوله واعتراض بأن الإلزام إلخ) أقول : هذا الكلام لا يتوجه من طرف الشافعي ، إذ ليس في الآية دلالة على الإلزام بيمين المدعي أيضاً إلا أن يكون إلزامياً ، ويقال القضاء بالنكول زيادة على الكتاب وهي نسخ عنكم قليلاً (قوله والإجماع يدل على جوازه) أقول : الإجماع لا ينسخ ولا يفسخ به . (قوله وهو بلفظ أهل الروم أصبت) أقول : بل معناه في لغتهم جيد .

ولا وجه لردّ اليمين

المكروه الذي لقوله عليه الصلاة والسلام ذلك بينه و كما مرّ. فلو ترفع عن اليمين ولو عن الصادقة بدون رضا المدهي بالبلد ونحوه أفضى إلى الضرر بالمدهي بمنع حقه وهو يمين خصمه. وقال صاحب التباية وصاحب الكفاية: فترجح هذا الجانب: أي جانب كونه باذلاً أو مقرّاً على جانب التورّع، لأن الشرع أزمه التورّع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فلذلك ترجح هذا الجانب في تكوله انتهى. أقول: وفيه أيضاً بحث، أما أولاً فلأن ما ذكرناه من الدليل إنما أفاد رجحان هذا الجانب: أي جانب كونه باذلاً أو مقرّاً على الترفع عن اليمين الصادقة حيث لم يكن الترفع عنها بما أزمه الشرع فلا ينبغي أن يلزمه التناكل، ولم يقد رجحانه على التورّع عن اليمين الكاذبة فلا معنى لقولهما على جانب التورّع، وإن أريد بجانب التورّع الجانب المقابل لجانب البذل والإقرار لا التورّع نفسه فيكون الترفع أيضاً داخل في ذلك الجانب. يبقى أن يقال: ما ذكرناه من الدليل إنما أفاد رجحان جانب كونه باذلاً أو مقرّاً على الترفع عن اليمين الصادقة فقط، وهو يحتمل واحداً من المحتملات المذكورة في دليل الخصم، وبمجرد الرجحان عليه لا يتم مطلوبنا كما مرّ آنفاً. وأما ثانياً فلأن ما ذكرناه من الدليل غير مذكور في كلام المصنف وغير مفهم منه، فكيف يتم بناء شرح قول المصنف، فترجح هذا الجانب عليه، والقائه في ترجيح تقتضي الضريح على ماسبق من كلامه كما لا يخفى. وقال صاحب غاية البيان: فترجح هذا الجانب: أي ترجح جانب كون التناكل باذلاً أو مقرّاً على الوجه المحتمل، وهو كونه متورّعاً أو نحو ذلك لأن التناول امتناع عن اليمين التي وجبت عليه، فلو أن التناول بذل أو إقرار لكان التناول امتناعاً عن الواجب وظلماً على المدهي، والمعاقل الذين لا يترك الواجب ولا يقدم على الظلم. والحاصل أن التناول إن كان امتناعاً عن اليمين الكاذبة يكون إقراراً، وإن كان امتناعاً عن اليمين الصادقة يكون بذلاً انتهى. أقول: وفيه أيضاً بحث، أما أولاً فلأن قوله وظلماً على المدهي ليس بنام. إذ لا سلم أن التناول لو لم يكن بذلاً أو إقراراً لكان ظلماً على المدهي بل هوّاز أن يكون الترفع عن اليمين الصادقة، فحينئذ لا يتحقق الظلم على المدهي لأن صدق المدهي عليه في إنكاره يستلزم كذب المدهي في دعوته والكاذب ليس بمظلوم بل هو ظالم، إلا أن يقال: يجوز أن يعدّ التناول ظلماً على المدهي في صورة صدق المدهي عليه أيضاً من جهة أن يمين المدهي عليه حق المدهي بموجب الحديث على ماهر، وأن في التناول ضماً منع هذا الحق فصار التناكل ظالماً على المدهي في الجملة. وأما ثانياً فلأن في التوزيع الحاصل من قوله والحاصل أن التناول إن كان امتناعاً عن اليمين الكاذبة يكون إقراراً، وإن كان امتناعاً عن اليمين الصادقة يكون بذلاً خلافاً حيث لا يكون المطلوب حينئذ على واحد من المدهيين، بل يحتاج إلى خلطهما على ما بيناه في بحثنا الأول في كلام صاحب العناية. فالصواب عندى في حلّ مراد المصنف هاهنا أن يقال: فترجح هذا الجانب: أي جانب كون التناكل باذلاً أو مقرّاً على جميع الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي بناء على مقتضى ما سبق من قوله إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة الواجب ودفعاً للضرر عن نفسه. وبين ذلك أن المعامل الذين لا يترك الواجب عليه ولا يترك دفع الضرر عن نفسه بشيء من تلك الوجوه المحتملة. أما بالتورّع عن اليمين الصادقة فظاهر، إذ هو ليس بأمر ضروري أصلاً حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن النفس، وأما بالتورّع عن اليمين الكاذبة فلأن التورّع لا يترك الواجب عليه بل يعطى حق خصمه فيسقط الواجب عن عهده، فإن لم يكن التناكل باذلاً أو مقرّاً ولم يقدم على اليمين انتفى احتمال كونه متورّعاً. وأما باشتباه الحال فلأن من يشتبه عليه الحال لا يترك الواجب عليه أيضاً بل يتحرى تقديم على إقامة الواجب أو يعطى حق خصمه فيسقط عن عهده الواجب، فإن لم يكن التناكل باذلاً أو مقرّاً ولم يقدم على اليمين انتفى هذا الاحتمال أيضاً. وبالجملة إن قول المصنف إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة الواجب ودفعاً للضرر عن نفسه كلمة جامعة يتدفع بها الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي بأسرها فيترجح كون التناكل باذلاً أو مقرّاً بالضرورة (ولا وجه لردّ اليمين

وإذا ثبت الإجماع بطل القيام، على أن الأمان عندنا شهادات مؤكّدة بالآيمان مقرّرة بالعين قائمة مقام حدّ القلف، فكان معنى اليمين فيها غير مقصود، ولا يجوز أن يكون التناول لاشتباه الحال لأن ذلك يقتضي الاستمهال من القاضي ليكتشف الحال

على المدعى لما قدمناه . قال (وينبغي للقاضي أن يقول له إني أعرض عليك العيين ثلاثا . فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادّعاه) وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم إذ هو موضع الخفاء . قال (فإذا كرّر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول) وهذا التكرار ذكره المصنف رحمه الله لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبلاء العذر ، فأما المذهب أنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والأول أولى ،

على المدعى لما قدمناه) أشار به إلى قوله ولا ترد العيين على المدعى لقوله صلى الله عليه وسلم : « البيعة على المدعى والعين على من أنكروه الخ » ونحن أيضا قدمنا واستوفينا هناك دليل الشافعي فردّ العيين على المدعى وأجوبنا عنه نقلا عن الكافي والتبيين بما لا مزيد عليه فتذكر (قال) أي القنوري في مختصره (وينبغي للقاضي أن يقول له) أي للمدعى عليه (إني أعرض عليك العيين ثلاثا) أي ثلاث مرات (فإن حلفت) أي إن حلفت خلصت أو تركت (وإلا قضيت عليك بما ادّعاه) أي بما ادّعاه المدعى . قال المصنف (وهذا الإنذار) أي قول القاضي وإلا قضيت عليك بما ادّعاه (لإعلامه بالحكم) أي الحكم بالنكول (إذ هو موضع الخفاء) لكونه مجهدا فيه ، فإن للشافعي خلافا فيه ، فيجوز أن يلبس عليه ما يزمه بالنكول فوجب أن يعرفه حتى يخلف أو ينكل ، كذا في الشروح (قال) أي القنوري في مختصره (فإذا كرّر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول) قال المصنف (وهذا التكرار ذكره المصنف لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبلاء الأعداء) أي في إظهارها : يعني أن هذا التكرار الذي ذكره المصنف للاستحباب لا لأنه شرط لجواز القضاء بالنكول ، ونظيره إمهال المرتد ثلاثة أيام ، فإنه مستحب لا واجب ، وأوضح هذا بقوله (فأما المذهب فإنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه) من أن التكرار بذل أو إقرار وليس التكرار بشرط في شيء منهما (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم إنه لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ ، كذا في أكثر الشروح ، وهذا معنى قول صاحب الكافي والتقديريين في عرض العيين لازم في الروي عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، وبالمعهور على أنه للاحتياط ، حتى لو قضى بالنكول مرة فقد قضاه في الصحيح انتهى . وقال صاحب غاية البيان : احتراز عن قول المصنف فإنه يشترط التكرار انتهى . أقول : هذا ليس بشرط صحيح ، فإن المصنف بعد ما صرح بأن المصنف ذكر التكرار لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبلاء الأعداء كيف يزعم أنه اشترط التكرار فيحترز عن قوله (والأول أولى) أي العرض ثلاث مرات أولى : يعني أن القضاء بالنكول بعد العرض مرة جائز ولكن الأولى هو القضاء بالنكول بعد العرض ثلاث

لاردّ العيين ، فإن رد العيين لا وجه له لما قدمناه في قوله ولا ترد العيين على المدعى (قال : وينبغي للقاضي أن يقول له الخ) وينبغي للقاضي أن يقول للمدعى عليه إني أعرض عليك العيين ثلاث مرات فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادّعاه ، لأن الإنذار لإعلامه بالحكم ، إذ هو موضع الخفاء لعدم دلالة نص على ذلك فيجوز أن يلبس عليه ما يزمه بالنكول ، وهذا أولى من قولهم لكونه مجهدا فيه ، فإن للشافعي خلافا فيه لما مرّ غير مرة . ثم العرض ثلاث مرات أولى ليس بشرط لجواز القضاء بالنكول ، بل المذهب فيه أنه لو قضى به بعد مرة جاز لما قدمنا أن التكرار بذل أو إقرار وليس التكرار بشرط في شيء منهما . والمصنف ذكره لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبلاء الأعداء فصار كإمهال المرتد ثلاثة أيام فإنه أولى ، وإن قتل بغير إمهال جاز لأن الكفر مبيح (وقوله هو الصحيح) احتراز عما قيل لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لأنه أضعف من البطل والإقرار فيشترط فيه التكرار ، وصورة ذلك أن يقول القاضي أبلغ بالله ما لهذا عليك بما يدعيه وهو كذا وكذا ولا شيء منه ، فإن

(قوله فإن للشافعي خلافا فيه لما مرّ) أقول : فإن زمان الشافعي متأخر ، ولا وجه لكون كلام أبي حنيفة مبنيا عليه ، وإنما قال أول دون الصواب لأن معنى قول أبي حنيفة كون الحكم بالنكول على الاجتهاد دون خلاف الشافعي ، وخلاف الشافعي يستدل به على أنه محل الاجتهاد ، فتقوله مجهد فيه معناه أنه يمكن الاجتهاد فيه فليقبل (قوله ليس بشرط لجواز القضاء الخ) أقول : قوله لجواز القضاء متعلق بقوله بشرط (قوله وليس التكرار بشرط في شيء منهما) أقول : يعني من البطل والإقرار (قوله وسورة ذلك) أقول : أي صورة العرض ثلاث مرات

ثم النكول قد يكون حقيقياً بقوله لا أحلف : وقد يكون حكماً بأن يسكت ، وحكمه حكم الأول إذا علم أنه لا آفة به من طرش أو خرس هو الصحيح .

مرات . وفي الثانية : وذكر في فتاوى قاضيهان صورة المسئلة قال : رجل قدم رجلاً إلى القاضي فادعى عليه مالا أو ضيعة في يده أرحقاً من الحقوق فأنكر فاستحلفه القاضي فأبى أن يحلف ، فإنه ينبغي للقاضي أن يقول له إنى أعرض عليك البين ثلاث مرات . فإن حلفت وإلا أئزمتك المدعى ، ثم يقول له القاضي : احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال الذى يدعى وهو كذا وكذا ولا شيء منه . فإن أبى أن يحلف بالله فى المرة الأولى يقول له فى المرة الثانية كذلك ، فإن أبى أن يحلف فى المرة الثانية يقول له بقيت الثالثة ثم أقضى عليك إن لم تحلف ، ثم يقول له ثالثاً احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال ولا شيء منه ، فإن أبى أن يحلف يقضى عليه بدعوى المدعى ، وإن قضى القاضي بالنكول فى المرة الأولى نفذ قضاءه انتهى . قال صاحب الكاوى : ولا بد أن يكون النكول فى مجلس القضاء ، وهل يشترط القضاء على فور النكول ؟ فيه اختلاف انتهى . وقال الإمام الزلى فى شرح الكنز : ولا بد من أن يكون النكول فى مجلس القاضي لأن المحترمين قاطع الخصومة ، ولا يعتبر البين عند غيره فى حق الخصومة فلا يعتبر . وهل يشترط القضاء على فور النكول ؟ فيه اختلاف . ثم إذا حلف المدعى عليه فالمدعى على دعواه ولا يطل حقه يمينه . إلا أنه ليس له أن يخاصمه بالم يتم البينة على وفق دعواه ، فإن وجد بينة أنامها عليه وقضى له بها ، وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون ترجع جانب صدقه بالبين فلا تقبل بينة المدعى بعد ذلك كما ترجع جانب صدق المدعى بالبينة حتى لا يعتبر بين المنكر معها ، وهذا القول مهجور غير مأخوذ به ، وليس بشيء أصلاً لأن عمر رضى الله عنه قبل البينة من المدعى بعد بين المنكر . وكان شريح رحمه الله يقول : البين المفاجرة حتى أن ترد من البينة العادلة ، وهل يظهر كذب المنكر بإقامة البينة ؟ والصواب أنه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يمتحن فى يمينه : إن كان لقائل على ألف درهم فادعى عليه فأنكر فحلف ثم أقام المدعى البينة أن له عليه ألفاً ، وقيل عند أن يوسف يظهر كذبه . وعند محمد لا يظهر : إلى ههنا كلامه (ثم النكول قد يكون حقيقياً بقوله لا أحلف وقد يكون حكماً بأن يسكت ، وحكمه) ثم حكم الثانى وهو الحكمى (حكم الأول) وهو الحقيقى (إذا علم أنه لا آفة به) أى بالمدعى عليه (من طرش) الطرش يفتحين أمون الصمم يقال هو مولد (أو خرس) يفتحين أيضاً : آفة باللسان تمنع الكلام أصلاً (هو الصحيح) اختلفت الروايات فيها إذا سككت المدعى عليه بعد عرض البين عليه ولم يقل لا أحلف ، فقال بعض أصحابنا : إذا سككت سأل القاضي عنه هل به خرس أو طرش ، فإن قالوا لا جملته ناكلاً وقضى عليه ، ومنهم من قال يمسح حتى يجيب ، والأول صحيح كذا فى غاية

نكل يقول له ذلك ثانياً ، فإن نكل يقول له بقيت الثالثة ثم أقضى عليك إن لم تحلف ، ثم يقول له ثالثاً فإن نكل قضى عليه بدعوى المدعى (قال : وإذا كان الدعوى نكلاً الخ) ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها وأنكرت أو بالعكس ، أو ادعى بعد الطلاق وانقضاء المدة أنه راجعها فى المدة وأنكرت أو بالعكس ، أو ادعى بعد انقضاء مدة الإيلاء أنه فاء إليها فى المدة وأنكرت أو بالعكس ، أو ادعى على مجهول أنه عبده أو ادعى المجهول ذلك أو اختصما على هذا الوجه فى ولاء العتاق أو الموالاة ، أو ادعى على رجل أنه ولده أو والده ، أو ادعت على مولاهما أنها ولدت منه وهذا لا يتحقق إلا من جانب الأمة ، لأن المولى إذا ادعى ذلك ثبت الاستيلاء بإقراره ولا يثبت إلى إنكارها ، أو ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها بما يوجب اللعان وأنكر الزوج ، أو ادعى على رجل ما يوجب الحد وأنكره فإنه لا يستحلف فى هذه كلها عند أبى حنيفة . وقالوا : يستحلف فى ذلك كله ، وإذا نكل يقضى بالنكول إلا فى الحدود واللعان . لما أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذباً فى الإنكار السابق

(قوله إلا فى الحدود الخ) أقول : استثناء من قوله وقالوا : يستحلف .

قال (وإن كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر) عند أبي حنيفة رحمه الله ، ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والى في الإيلاء والرق والاستيلاء والنسب والولاء والحد ودوالعان . وقالوا : يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان .

البيان تقلا عن شرح الأقطع (قال) أي القدوري في مختصره (وإن كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة ولا يستحلف عنده) يريد به التعميم بعد تخصيص النكاح بالذكر (في النكاح) أي لا يستحلف عنده في دعوى النكاح بأن ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها أو بالعكس (والرجعة) أي لا يستحلف عنده في دعوى الرجعة أيضا بأن ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة أنه كان راجعها في العدة وأنكرت أو بالعكس (والى في الإيلاء) أي في دعوى التي بالإيلاء أيضا بأن ادعى بعد انقضاء مدة الإيلاء أنه كان فاء إليها في المدة وأنكرت أو بالعكس (والرق) أي وفي دعوى الرق أيضا بأن ادعى على مجهول النسب أنه عبده وأنكر المجهول أو بالعكس (والاستيلاء) أي وفي دعوى الاستيلاء أيضا بأن ادعت أمة على مولاه أنها ولدت منه ولدا وأنكر المولى ولا يجرى فيه العكس كما سيذكره المصنف (والنسب) أي وفي دعوى النسب أيضا بأن ادعى على مجهول أنه ولده أو والده وأنكر المجهول أو بالعكس (والولاء) أي وفي دعوى الولاء أيضا بأن ادعى على مجهول النسب أنه معتقه ومولاه وأنكر المجهول أو بالعكس أو كان ذلك في ولأه الموالاة ، إذ الولاء يشمل ولأه العاتقة وولأه الموالاة (والحدود) أي وفي دعوى الحدود أيضا بأن ادعى على آخر ما يوجب حدا من الحدود وأنكره الآخر (واللعان) أي وفي دعوى اللعان أيضا بأن ادعت على زوجها أنها قتلها بما يوجب اللعان وأنكر الزوج . واعلم أن هذه الأشياء كلها مذكورة في مختصر القدوري ههنا ، إلا اللعان فإنه غير مذكور فيه ولكنه مذكور في الجامع الصغير في كتاب القضاء (وقال أبو يوسف وعبد : يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان) فقرر أنه لا يستحلف في الحدود واللعان على قولهم جميعا . وإنما اختلفوا في الأشياء السبعة الباقية . وفي الكافي قال القاضي فخر الدين في الجامع الصغير : والقنوى على قولهما ، وقيل ينبغي للقاضي أن ينظر في حال المدعي عليه ، فإن رآه معتمدا يحلفه ويأخذه بقوله ، وإن كان مظلوما لا يحلفه أخذا بقوله انتهى . وفي النهاية : هذا كله إذا لم يكن المقصود مالا ، وإن كان المقصود دعوى مال بأن ادعت المرأة على رجل أنه تزوجها وطلقها قبل البتول ولها عليه نصف مهر وأنكر يستحلف في قولهم ، فإن نكل يقضي عليه بينة بنصف المهر على ما يجيء بعد هذا في الكتاب . وسئل الشيخ الإمام عبد الواحد الشيباني عن المرأة إذا كانت تعلم بالنكاح ولا تجد بينة تقيمها لإثبات النكاح والزواج ينكر ماذا يصنع القاضي حتى لا تبنى هذه المرأة معلقة أبد الدهر ؟ قال يستحلفه القاضي إن كانت هذه امرأة لك فهي طالق حتى يقع الطلاق إن كانت امرأته فتخلص منه ونكل للأزواج . وذكر الصمد الشريد في أدب القاضي في باب العيين أن الفقيه أبا الليث أخذ بقوله في هذه المسئلة ، وهكذا

لما قدمناه . يعني قوله إذ لو لا ذلك لأقدم على العيين إقامة الواجب ودفع الضرر عن نفسه ، فإن فيه تحصيل الثواب بإجراء ذكر اسم الله على لسانه معظما له ، ودفع همة الكلب عن نفسه وإبقاء ماله على ملكه ، فلو لا هو كاذب في عينة لما ترك هذه القوائد الثلاث ، والإقرار يجرى في هذه الأشياء فيعمل بالنكول فيها إلا أنه إقرار فيه شبهة لأنه في نفسه سكوت فكان حجة فيها لا يندري بالشبهات فلا يجرى في الحدود واللعان في معنى الحدود فلا يجرى فيه أيضا ، وعليه نقول إجمالية : الأول ما ذكره في الجامع : رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الأول فأنكر البائع ونكل عن العيين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فأنكر لم يلزمه ويستحلف ، ولو كان النكول إقرارا لزمه النصف الآخر ينكوله

(قال المصنف : ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والى في الإيلاء والرق والاستيلاء والنسب والولاء والحدود واللعان الخ) أقول : قال الزيلعي : قال القاضي الإمام فخر الدين : القنوى على أنه يستحلف المنكر في الأشياء الستة : يعني في هذا التي معنا سوى الحدود واللعان انتهى . وإنما قال في الأشياء الستة نظرا إلى اتحاد النسب والاستيلاء (قال المصنف : يستحلف في ذلك كله الخ) أقول : قال في النهاية : لا يستحلف في الحدود بالإجماع إلا إذا تضمن حقا بأن حلق حتى عبده بالزنا فقال : إن زنيته فأنت حر فادعي العبد أنه زنى ولا بينة له عليه يستحلف للمولى حتى إذا نكل ثبت الحق لا تزنا انتهى . ينبغي أن يقول للعبق في دعواه إنه قد أتى بما حلق عليه حتى ولا يقول إنه قد زنى كي لا يصير

وصورة الاستيلاء أن تقول البخارية أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى . لأنه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاء بإقراره ولا يلغى إلى إنكارها . لها أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذبا في الإنكار على ما قدمناه . إذ لو لا ذلك لأقدم على الإيمين الصادقة إقامة للواجب فكان إقرارا أو بدلا عنه ، والإقرار يجري في هذه الأشياء لكنه إقرار فيه شبهة ، والحدود تندري بالشبهات ، والعلمان في معنى الحد .

في الواقعات أيضا . وكيفية الاستحلاف عندها أن يخلف على الحاصل إن كانت المرأة هي المدعية بالله ما مله امرأتك بهذا النكاح الذي ادعته ، وإن كان الزوج هو المدعي تخلف بالله ما مله زوجك على ما ادعى . والمتأخرون من مشايخنا على أنه ينبغي للقاضي أن ينظر في حال المدعي عليه . فإن رآه متمتعا بخلقه ويأخذ بقلوبها ، وإن رآه مظلوما لا يخلقه أخذا بقول أبي حنيفة وهو كما اختاره شمس الأئمة في التوكيل بالخصومة بغير محضر من الخصم وبغير رضاه أن القاضي إن علم بالمدعي التعتن في إياه التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل بغير محضر من الخصم . وإن علم بالموكل القصد إلى الإضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل ذلك إلا برضا الخصم حتى يكون دافعا للضرر من الجانبين . كلنا في الجامع الصغير لقاضيخان والمجوي . وفي الحدود : لا يستحلف بالإجماع إلا إذا تضمن حقا باق على عتق عبده بالزنا وقال إن زنتي فأتى قاضي العبد أنه قد زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى ، حتى إذا تكل ثبت الحق دون الزنا ، كلنا ذكره الصدر الشهيد في أدب القاضي ، إلى هنا لفظ النهاية (وصورة الاستيلاء أن تقول البخارية أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى . لأنه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاء بإقراره ولا يلغى إلى إنكارها) وإنما خص صورة الاستيلاء بالذكر من بين أخواته تنبيها على أنه لا مسامحة للدعوى في هذه الصورة إلا من جانب واحد . بخلاف أخواته الخلافة فإن للدعوى فيها مسامحة من الجانبين كما صورناه فيما مر (لها) أي لأي يوسف وعبد رحمهما الله (أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذبا في الإنكار) أي في إنكاره السابق (على ما قدمناه) يعني قوله إذ لو لا ذلك لأقدم على الإيمين إقامة للواجب ودفع الضرر عن نفسه ، وفيها تحصيل الثواب بإجراء ذكر اسم الله تعالى على لسانه تعظيلا له ودفع شبهة الكذب عن نفسه وإيقاد ماله على ملكه ، فلو لا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث ، كلنا في العناية وغيرها (فكان أي النكول) إقرارا أو بدلا عنه (بفتح الدال : أي خلفا عن الإقرار : يعني أنه قائم مقام الإقرار . أقول : لا ينبغي على فطرة سليمة ركافة تحرير المصنف ههنا ، حين أولا كون النكول إقرارا ، ثم فرع على دليله كونه إقرارا أو بدلا عنه بالترديد . ولا يدفعها ما ذكر في النهاية والكفاية من أنه جاز أن يكون هذا التردد لدفع بعض الشبهات التي ترد عليهما في القول بالإقرار انتهى . إذ كان يمكن دفع ذلك بذكر التردد أولا أيضا أو بالاكتماء بذكر كونه بدلا عنه في الموضعين معا ، بل كان هذا : أي الاكتفاء به هو الذي ينبغي كما ستقف عليه (والإقرار يجري في هذه الأشياء) هذا كبرى دليلهما على جواز الاستحلاف في الأشياء المذكورة . تقريره أن النكول إقرار والإقرار يجري في هذه الأشياء ينتج أن النكول يجري في هذه الأشياء . فلذا جرى النكول فيها جرى الاستحلاف فيها أيضا لحصول فائدة الاستحلاف وهي القضاء بالنكول كما في سائر مواضع الاستحلاف (لكنه أي لكن النكول) إقرار فيه شبهة لأنه في نفسه سكوت (والحدود تندري بالشبهات) فلا يجري النكول فيها (والعلمان في معنى الحد) لأنه قائم مقام حد القذف في حق الزوج ، حتى أن كل تلف يوجب حد القذف على الأجنبي إذا قذف الأجنبيات فكل ذلك يوجب العلمان على الزوج ، وقائم مقام حد الزنا في حق المرأة كما تقرروا

في المرة الأولى كما لو أقر في تلك المرة . الثاني الوكيل بالبيع إذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فشكل لزم الموكل ، ولو كان إقرارا لزم الوكيل . الثالث ما ذكره في الميسوط أن الرجل إذا قال تكففت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا

فإنما مولا (قال المصنف : وصورة الاستيلاء أن يقول الخ) أقول : يفهم من تصوير الاستيلاء فيما ذكره أن لا يصح حكمه لذلك قال لأنه لو ادعى المولى الخ (قوله والعلمان في معنى الحد) أقول : قوله والعلمان مبتدأ ، وقوله في معنى الحد خبره (قوله وعليه نقرض إجمالية) أقول : بل الظاهر أن تلك الأمور الثلاثة معارضات كما لا يخفى على من له أدق تأمل مدونة .

في باب اللعان فلا يجري النكول فيه أيضا . قال صاحب العناية : وعليه نقوض إجمالية : الأول ما ذكره في الجماع : وجعل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الأول فأبكر البائع ونكل عن العيب فرد عليه ثم خاصمه في النصف الثاني فأبكر لم ينزله ويستحلف ، ولو كان النكول إقرارا لزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الأولى كما لو أقر في تلك المرة . الثاني الوكيل البائع إذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ، ولو كان إقرارا لزم الوكيل . الثالث ما ذكره في المبسوط أن الرجل إذا نكل تكفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فأبكر ونكل عن العيب فقصى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ، ولو كان النكول إقرارا لقصى به . والجواب أن النكول إما إقرار أو بدل منه . فوجه الإقرار ما تقدم ، ووجه كونه بدلا أن المدعى يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة وذلك بالإقرار والإنكار ، فإن أقر فقد انقطعت ، وإن أنكر لم تنقطع إلا يمين ، فإذا نكل كان بدلا عن الإقرار بقطع الخصومة . فالتنقض المذكورة إن وردت على اعتبار كونه إقرارا لا ترد على تقدير كونه بدلا منه ، ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى ، إلى هاهنا كلامه . أول : ما ذكره في الجواب منظور فيه من وجوه : الأول أن الظاهر من قوله فوجه الإقرار ما تقدم ، ووجه كونه بدلا كيت وكيت أن ما تقدم إنما يصلح لأن يكون وجه الإقرار لا لأن يكون وجه كونه بدلا منه مع أنه صالح لهما ، ولهذا فرعهما المصنف عليه حيث قال : فكان إقرارا أو بدلا عنه . الثاني أن الوجه الذي ذكره لكونه بدلا منه غير تام ، إذ يرد عليه منع قوله فإذا نكل كان بدلا عن الإقرار بقطع الخصومة لجواز أن يكون بدلا كما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله لا بدلا عن الإقرار ، وقطعه الخصومة لا يدل على كونه بدلا عنه لتحقق القطع المزبور بكونه بدلا أيضا ، ولجواز أن يكون نفس الإقرار بدلا عنه ، فحينئذ أيضا لا يتم التقريب . الثالث أن الإقرار إذا كان مخالفا في الأحكام لما هو بدل عنه كما هو في صورة النقوض المذكورة فإن أين يعرف جريان بدل الإقرار أيضا في الأشياء المذكورة حتى يتم دليلهما المذكور في الكتاب . الرابع أن قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى إنما يتم لو كان المذكور في دليلهما المسفور كون النكول إقرارا فقط . ولما كان المذكور فيه كونه إقرارا أو بدلا عنه بالترديد كما ترى لم يمتنع في دفع النقوض المزبورة بما ذكر إلى تغيير شيء أصلا فلم يتم قوله المذكور ، ثم إن لبعض الفضلاء كلامين في تحريض صاحب العناية هاهنا : أحدهما في جانب السؤال والآخر في جانب الجواب . أما الأول ففي قوله وعليه نقوض إجمالية حيث قال : بل الظاهر أن تلك الأسئلة الثلاثة معارضات كما لا يخفى على من له أدنى تأمل ودراية النهي . وأما الثاني ففي قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى حيث قال : بل هو تغيير الدليل والمدعى جواز الاستحلاف انتهى . أقول : كل واحد منهما ماقط . أما الأول فلأن كون تلك الأسئلة معارضات مما لا يكاد يحسن لأن حاصل كل واحد فأبكر ونكل عن العيب نقضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ، ولو كان القول إقرارا لقصى به . والجواب أن النكول إما إقرار أو بدل منه فوجه الإقرار ما تقدم . ووجه كونه بدلا أن المدعى يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة ، وذلك بالإقرار أو الإنكار فإن أقر فقد انقطعت ، وإن أنكر لم تنقطع إلا يمين ، فإذا نكل كان بدلا عن الإقرار بقطع الخصومة ، فالتنقض المذكورة إن وردت على اعتبار كونه إقرارا لا ترد على تقدير كونه بدلا منه ، ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى . ولأن حقيقة أن النكول بدل وهو قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم ، لأن العيب لا يتيقن واجبة مع النكول ، وما كان كذلك فهو إما بدل أو إقرار لحصول المقصود به ، لكن إزالته بأدلى أولى كي لا يصير كاذبا في الإنكار السابق ، والبطل لا يجري (قوله ولو كان النكول إقرارا لقصى به) أقول : قال الزهلي : لو كان إقرارا لجاز مطلقا بدون اقتضاء التمسك وإلحاق أنه ليس كذلك ، فإنه لا يجوز إلا في مجلس التماسك وقضاة فانهم ، ولعل الجواب هو الجواب ، وأيضا الذي جله إقرارا هو النكول عن العيب الواجبة وجوبها إنما هو في مجلس القضاء فليتأمل (قوله فإذا نكل كان بدلا عن الإقرار) أقول : أي خلفا عنه فيقوم النكول مقام الإقرار بقدر الحاجة : أي أنه خلف ضروري لاسلط (قوله بقطع الخصومة) أقول : الظاهر أن يقول بقطع الخصومة (قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى) أقول : بل هو تغيير الدليل والمدعى جواز الاستحلاف (قوله وما كان كذلك فهو إما بدل أو إقرار البتة) في علم النظر تغيير المدعى

ولأن حنية رحمه الله تعالى أنه بذل لأن معه لا يثبت اليقين واجبة لحصول المقصود وإنزاله بأذلا أولى كى لا يصير كاذبا في الإنكار ،

منها بيان تخلف الحكم وهو كون النكول إقرارا في صورة جزئية عن الدليل المذكور من قبل الإمامين ، وهو صريح نقض لإجماعى ، ولا لطف للحمل على المعارضة في شيء منها لأن المدعى هاهنا وهو كون النكول إقرارا أكلي ، وما ذكر في كل واحد منها صورة جزئية لاتدل على خلاف المدعى بالكليّة ، وإنما غر ذلك البعض قول السائل في ذيل كل واحد من تلك الأسئلة ، ولو كان النكول إقرارا لكان جواب المسئلة خلاف ما ذكر ، والحال أن المراد مجرد بيان تخلف الحكم عن الدليل لإقامة الدليل على خلاف المدعى كما لا يمتنى . وأما الثاني فلأن مراد صاحب العناية بالمدعى هاهنا قولهما إن النكول إقرارا المستدل عليه في كلام المصنف بقوله لأنه يدل على كونه كاذبا في الإنكار على ما قدمناه ، فإذا صير في الجواب عن النقوض المذكورة إلى كون النكول بدلا عن الإقرار لانفس الإقرار فقد غير ذلك المدعى قطعا ، وكون قولهما إن النكول إقرارا مقدمه الدليل بالنظر إلى أصل المسئلة وهو جواز الاستحلاف عندهما لا ينافى كونه مدعى بالنظر إلى كونه مستدلا عليه بالدليل المستقل . والعجب من ذلك القائل أنه جعل الأسئلة المذكورة معارضة وإقامة الدليل على خلاف مدعى الخصم ، وهذا لا يتصور إلا بأن يكون المدعى هاهنا قولهما إن النكول إقرار ، إذ لا أساس لتلك الأسئلة بأصل المسئلة كما لا يمتنى (ولأن حنية أنه) أى النكول (بدلى) وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والإعراض عنها لا الهية والتخليك ، ولهذا قلنا : إن الرجل إذا ادعى نصف الدار شاعلا فأنكر المدعى عليه يقضى فيه بالنكول ، وهبة نصف الدار شاعلا لاتصح ، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية (لأن منه) أى مع البذل (لاتبقي اليقين واجبة لحصول المقصود به) أى لحصول المقصود من اليقين وهو قطع الخصومة بالبذل فيكون ذلك بعلنا على ترك الإقدام على اليقين ، هذا هو العلة المحمّزة لكون النكول بدلا ، وأما العلة المرجحة لكونه بدلا على كونه إقرارا فهي ما أشار إليه بقوله (وإنزاله بأذلا أولى) أى من إنزاله مقرا (كى لا يصير كاذبا في الإنكار) أى في إنكاره السابق : ينشئ لو حلناه على الإقرار لكذبناه في إنكاره السابق ، ولو جعلناه بدلا لقطعناه الخصومة بلا تكذيب ، فكان هذا أولى صيانة للمسلم عن أن يظن به الكذب . قيل عليه لو كان النكول بدلا لما ضمن شيئا آخر إذا استحق ما أدى بقضاه ، كما لو صالح عن إنكار واستحق بدل الصلح فإنه لا يضمن شيئا ولكن المدعى يرجع إلى الدعوى . وأجيب عنه بأن بدل الصلح وجب بالعقد ، فإذا استحق بطل العقد فعاد الحكم إلى الأصل وهو الدعوى ، وأما هاهنا فالمدعى يقول أنا أخذت هذا بإزاء ماوجب لي في ذمته بالقضاء ، فإذا استحق رجعت بما في الذمة . وقيل عليه إن الحكم واجب على الحاكم بالنكول ، والبذل لا يجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بدلا . وأجيب عنه بأن الحكم لا يجب بالبذل الصريح . وأما ما كان بدلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم أنه لا يجب به بل هو موجب له قطعا للمنازعة ، وقيل عليه يقضى بالتقصاص في الأطراف بالنكول ، ولو كان بدلا لما قضى به لأن البذل لا يصلح فيها . وأجيب عنه بأننا لا نسلم أن البذل فيها غير عامل بل هو عامل إذا كان مفيدا نحو أن يقول أقطع يدى وبها آكلة حيث لم يأثم بقطعها ، وفيما نحن فيه النكول مفيد لأنه يمتنزه به عن اليقين وله ولاية الاحتراز عن اليقين .

في هذه الأشياء ، فإنه إذا قال مثلا أنا حر وهذا الرجل يؤذنى قدفعت إليه نفسي أن يسرقنى ، أو قال أنا ابن فلان ولكن أبحث هذا أن يدعى نسي ، أو قالت أنا لست بأمراته لكن دفعت إليه نفسي وأبحث له الإمساك لا يصح . وعليه نقوض : الأول أنه لو كان بدلا لما ضمن شيئا آخر إذا استحق ما أدى بقضاه كما لو صالح عن إنكار واستحق بدل الصلح فإنه لا يضمن شيئا ، ولكن المدعى يرجع إلى الدعوى . الثاني لو كان بدلا كان إيجابا في اللمة ابتداء وهو لا يصح . الثالث أن الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم فلم يكن النكول بدلا . الرابع أن العبد المأذون يقضى عليه بالنكول ، ولو كان بدلا

أقول : تقريره لا يطابق المشروح (قوله إذا استحق ما أدى بقضاه الخ) أقول : كما إذا أدى من الدرام المودعة (قوله الثاني لو كان بدلا لكان إيجابا الخ) أقول : للخدمة بمنع إن أريد كان إيجابا من التاكيل ، وإن أريد في ذم المدعى فليس بزمه ابتداء . والجواب أن المراد

والبدل لا يجري في هذه الأشياء . وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف ، إلا أن هذا بدل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة ،

هذه خلاصة ما في الشروح لهاتين الأمثلة والأجوبة (والبدل لا يجري في هذه الأشياء) فإنه لو قالت مثلا لانكاح يفي وبينك ولكني بثلث لك نفسي لم يصح بلحا ، وكذا لو قال أنا حر الأصل ولكن هذا يؤذني بالدعوى فبثلث له نفسي ليسترفني ، أو قال أنا ابن فلان ولكن هذا يؤذني بالدعوى فأبعت له أن يهدي نفسي لم يصح بذله ، بخلاف الأموال فإنه لو قال هذا المال ليس له ولكني أبغته وبدلته له لا يخلص من خصومته صح بذله (وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول) ولما لم يميز البدل في هذه الأشياء لم يتصور فيها القضاء بالنكول الذي هو البدل (فلا يستحلف) فيها لعلم الفائدة . قال صاحب الكافي : فإن قيل : هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام « واليمين على من أنكره قلنا : خص منته الحدود والعنان ، فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس انتهى . وقال صاحب العناية : لا يقال أبوحنيفة رحمه الله ترك الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم « اليمين على من أنكره ، بالرأى ، وهو لا يجوز لأن أباحنيفة رحمه الله لم ينف وجوب اليمين فيها ، لكنه يقول : لما لم تعد اليمين فآلتها وهو القضاء بالنكول لكونه بدلا لا يجري فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معلول لا يتحقق منه أداء الصلاة لفوات المقصود انتهى . وقال بعض الفضلاء : وأجاب العلامة الكاكي بأنه خص من الحديث الحدود بالإجماع ، فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس ، ولم يذكره الشارح : يعني العناية لأن المخصص يجب أن يكون مقارنا للإجماع ليس كذلك انتهى . أقول : مدار كلامه على ما فهمه من أن يكون مراد العلامة الكاكي أن تخصيص الحدود من الحديث هو إجماع الأمة ، والظاهر أن مراده بالإجماع اتفاق الأئمة ، فالمتى كون الحديث مما خص منته البعض وهو الحدود متفق عليه ، ولا ينافي هذا كون المخصص نصا ومقارنا ، على أن قاعدة الأصول هي أنه إذا لم يعلم المقارنة وعلمها يحمل على المقارنة فيم المطلوب ، ويؤيد كون مراده بالإجماع اتفاق الأئمة في كون الحديث مخصوصا أن الجواب الذي ذكره وقع في الكافي والكفاية في غير ذكر قيد الإجماع فتأمل (إلا أن هذا بدل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة) هذا جواب سؤال

لما قضى لأن بدله باطل . الخامس يقضى بالتعصص في الأطراف بالنكول ، ولو كان بدلا لما قضى لأن البدل لا يتحمل فيها . والجواب عن الأول أن بدل الصلح وجب بالعقد ، فإذا استحق بطل العقد فماد الحكم إلى الأصل وهو الدعوى ، فاما ما هنا فالمدعى يقول : أنا أخذ هذا بلاء ما وجب لي في ذمته بالقضاء فإذا استحق رجعت بما في الذمة ، وعن الثاني بأن عدم الصحة ممنوع بل هو صحيح كما في الأحوال وسائر المداينات . وعن الثالث بأن الحكم لا يجب بالبدل الصحيح ، وأما ما كان بدلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم أنه لا يوجب بل هو موجب قطعاً للمنازعة . وعن الرابع أننا لا نسلم عدم صحة البدل من المأذون بما دخل تحت الإذن كإهداء المأذول والإحارة والضيافة اليسيرة ونحوها . وعن الخامس أننا لا نسلم أن البدل فيها غير عامل ، بل هو حامل إذا كان مفيدا ، نحو أن يقول أقطع يدي وبها آكلت لم يأثم بقطعها ، وفيما نحن فيه النكول مفيد لأنه يحرز به عن اليمين ؛ وله ولاية الاحتراز عن اليمين . لا يقال : أبوحنيفة ترك الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام « واليمين على من أنكره بالرأى ، وهو لا يجوز لأن أباحنيفة لم ينف وجوب اليمين فيها ، لكنه يقول : لما لم يند اليمين فآلتها وهو القضاء بالنكول لكونه بدلا لا يجري فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معلول لا يتحقق منه أداء الصلاة لفوات المقصود (قوله وفائدة الاستحلاف) يعني أن البدل في هذه الأشياء لا يجري فوات فائدة الاستحلاف ، لأن فآلتها القضاء بالنكول وبدل البدل فيها لا يجري فلا يستحلف فيها لعلم الفائدة . وقوله (إلا أن هذا بدل) جواب سؤال تقريره لو كان بدلا لما ملكه المكاتب ، والعبد المأذون

هو الأول ، ولو لم يوجب لم يحكم القاضي به فتأمل ، فلا يلتفت بالتدريج لإحكام فيه القاضي (قوله بل هو صحيح كما في الحوالة) أقول : لم يذكر الكفالة لأن الأنصبي أنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة للائمين فتأمل (قوله وسائر المداينات) أقول : وفيه تأمل ، فإن قيد ابتداء بدله نعم في الصلح من إنكار ذلك (قوله لأن أباحنيفة الخ) أقول : هذا جواب لقوله لا يقال أبوحنيفة ترك الحديث المشهور الخ . وأجاب

وصحته في الدين بناء على زعم المدعى وهو ما يقضيه حقا لنفسه ، والبلد معناه هاهنا ترك المنع وأمر المال هيئ . قال (ويستحلف السارق ،

مقدر ، وهو أن النكول لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لما أن في البلد معنى التبرع وهما لا يملكانه . فأجاب بأنهما يملكان ما لا بد له من التجارة كما في الضبابة السيرة ، ويلهما بالنكول من جملة ذلك ، كذا في عامة الشروح . أقول : لما منع كون بلهما من جملة ذلك إذ الخصومة تدفع بدون ذلك من غير ضرورة بأن أقدم على الميئن إن كانا صادقين في إنكارهما ، وبأن أقرا إن كان المدعى هو الصادق فليتأمل (وصحته) أي صحة البلد (في الدين بناء على زعم المدعى وهو ما يقضيه حقا لنفسه ، والبلد معناه هاهنا ترك المنع وأمر المال هيئ) هذا أيضا جواب سؤال مقدر وهو أن النكول لو كان بذلا لما جرى في الدين لأن عمله الأعيان لا الديون ، إذ الدين وصف في الذمة والبلد والإعطاء لايجريان في الأوصاف . فأجاب بأن معنى البلد هاهنا ترك المنع ، فكان المدعى يأخذ حق نفسه ولا مانع له ، وترك المنع جائز في الأموال لأن أمر المال هيئ حيث تجرى فيه الإباحة ، بخلاف تلك الأشياء فإنه لايجرى فيها الإباحة ، كذا في الشروح وسائر المعبرات ، حتى أن صاحب الكافي أتى بصريح السؤال والجواب حيث قال : فإن قيل : لو كان بذلا لما جرى في الدين ، لأن عمله الأعيان لا الديون ، إذ البلد والإعطاء لايجريان في الأوصاف والدين وصف في الذمة . قلنا : البلد هاهنا ترك المنع كان المدعى يأخذ منه بناء على زعمه أنه يأخذ حق نفسه ولا مانع له ، وأمر المال هيئ ، بخلاف النكاح ونحوه انتهى . وأقول : لا يخفى على ذي فطرة سليمة بعد التأمل الصادق أن الجواب المذكور لا يدفع السؤال المربور وإن تلقته الفتاوى بالقبول ، لأن الدين لما كان وصفا ثابتا في الذمة غير متقل منها لم يكن قابلا للأخذ والإعطاء ، وأن ترك المنع إنما يتصور في الأموال المتحققة في الأعيان لأن الأوصاف الثابتة في الذم ، لأن ترك المنع فرع جواز الأخذ ، فالأمر لا يمكن قابلا للأخذ لم يتصور زعمه ترك المنع ، فلم يكن الذي يأخذه المدعى من المدعى عليه بناء على زعمه أنه حق نفسه للدين بل كان الميئن ، وكذا لم يكن الذي ترك المدعى عليه منه أخذ الدين بل كان أخذ الميئن والسؤال بالدين لا بالمعنى . فأجوب المذكور لا يدفعه . والحق عندى في الجواب أن يقال : معنى البلد في الدين لإحداث مثله في ذمة المدعى بإعطاء عين بمائيل معياره معيار الدين المدعى وحصول المقاصة به من الطرفين ، كما أن معنى قضاء الدين هذا ولهذا قالوا : الدين تقضى بأمثالها على ما حقق في موضعه ، فإذا قال المدعى مثلا لي عليه عشرة دراهم كان معناه حصل لي في ذمته وصفت معياره عشرة دراهم ، فاللذي يلزم المدعى عليه عند نكوله عن الميئن إعطاء عين بمائيل معياره معيار ما ادعاه المدعى من الدين وهو عشرة دراهم ، فالبطلان حقيقة هو الميئن الذي يعطى لا الدين نفسه وإن كان المدعى ديننا (قال : أي محمد رحمه الله في الجاهل الصغير (ويستحلف السارق) يريد به أنه إذا أراد المسروق منه أخذ المال دون القطع

لأن فيه معنى التبرع وهما لا يملكانه وقد ذكرنا وجهه آتفا بأنهما يملكان ما لا بد له من التجارة ويلهما بالنكول من جملة ذلك ، وقوله (وصحته في الدين) جواب عما يقال إنه لو كان بذلا لما جرى في الدين لأنه وصف في الذمة والبلد لايجرى فيها . ووجه ذلك أن البلد في الدين إن لم يصح ، فلما أن يكون من جهة القابض أو من جهة الدافع ، فإن كان الأول فلا مانع ثمة لأنه يقضيه حقا لنفسه بناء على زعمه ، وإن كان الثاني فالمراد به هاهنا أي في الدين ترك المنع وجاز له أن يترك المنع ، فإن قيل : فهذا جعل في الأشياء السبعة أيضا تركا للمنع حتى يجرى فيها . أجيب بأن أمر المال هيئ تجرى فيه الإباحة ، بخلاف تلك الأشياء فإن أمرها ليس بيئ حيث لايجرى فيها الإباحة ، وجعله هاهنا ترك المنع ، وفي قوله إلا أن هذا بدل لدفع الخصومة غير الترك وفي ذلك تسامح في العبارة . والذي ذكرناه في مطلع البحث من تعريفه وهو قولنا قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لعله أولى . قال (ويستحلف السارق الخ) إذا كان مراد المسروق منه أخذ المال يستحلف السارق بالله ماله عليك هذا المال لأنه يثبت بالشهادت

الدالة الكافي بأنه خص من الحديث المحدود بالإجماع فجاء تخصيص هذه الصور بالقياس ، ولم يذكره الشارح لأن الغرض يجب أن يكون مقارنا بالإجماع ليس كذلك وفيه تأمل (قوله والبلد لايجرى فيها) أقول : أي في الأوصاف (قوله ووجه ذلك أن البلد في الدين الخ)

فإن نكل ضمن ولم يقطع (لأن المنوط بفعله شيئان : الضمان ويعمل فيه النكول . والقطع ولا يثبت به فصار كما إذا شهد عليها رجل وامرأتان . قال (وإذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلقت الزوج ، فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا) لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لاسيا إذا كان المقصود هو المال ،

يستحلف السارق باقة ماله عليك هذا المال لأنه يثبت بالشهادتين ، ألا يرى أنه يثبت بكتاب القاضى إلى القاضى والشهادة على الشهادة ، فجاز أن يثبت بالنكول الذى هو بطلان فيه شبهة ، والحدود لا تقام بحجة فيها شبهة فكذلك لا تقام بالنكول ، فلهذا لا يجري الميئن في الحدود . وعن محمد أنه قال : القاضى يقول المدعى ماذا تريد ؟ فإن قال أريد القطع ، فالقاضى يقول له : إن الحدود لا يستحلف فيها فليست لك ميئن ، وإن قال أريد المال ، فالقاضى يقول له : دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال ، كذا في النهاية نقلنا عن الإمام الرضائى والمجيبى . قال المصنف (فإن نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط بفعله) أى بفعل السارق وهو السرقة (شيئان : الضمان) أى أحدهما ضمان المال (ويعمل فيه النكول . والقطع) أى وثانيهما قطع اليد (ولا يثبت به) أى لا يثبت القطع بالنكول . وقال صاحب العناية : يريد المصنف بفعله في قوله لأن المنوط بفعله شيئان : النكول ، ثم قال : ويجوز أن يراد به فعل السرقة . أقول : الثانى هو الصحيح ، والأول فاسد لأن المصنف صرح بأن القطع لا يثبت بالنكول فحيث لا يثبت القطع بالنكول قطعاً فكيف يصح أن يحمل الفعل في قوله لأن المنوط بفعله شيئان على النكول وأحد الشيئين هو القطع . ثم أقول : بقى في كلام المصنف شيء ، وهو أن التعليل الذى ذكره بقوله لأن المنوط بفعله شيئان إلى آخره لا يفيد شيئا يتدبر به ، إذ ليس فيه بيان لية المدعى هلعتنا ، بل هو مجرد تفصيل لما قبله ، فإن قوله الضمان ويعمل فيه النكول تفصيل لقوله فإن نكل ضمن من غير إشارة إلى علة كون النكول عاملا فيه ، وقوله والقطع ولا يثبت به تفصيل لقوله ولم يقطع من غير إشارة إلى علة عدم ثبوت القطع به فبقى للمدعى غير معلوم التلمية . والأوجه في التعليل ما ذكره الإمام الرضائى في شرح الكنز حيث قال : لأن موجب فعله شيئان الضمان ، وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول ، والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول انتهى . وكذا ما ذكره صاحب الكافى حيث قال : لأنه في السرقة يندى المال والحد . وإيجاب الحد لا يجامعه الشبهة ، وإيجاب المال يجامعه الشبهة فيثبت به انتهى ، تبصر تفت (فصار) أى صار حكم هذه المسئلة (كما إذا شهد عليها) أى على السرقة (رجلا وامرأتان) فإنه يثبت هناك المال دون القطع ، فكذا هلعتنا وصار كما إذا أقر بالسرقة ثم رجع فإنه يسقط بالرجوع الحد . وهو القطع ، ويثبت المال بالإقرار ولا يسقط بالرجوع (قال) أى محمد رحمه الله في الجامع الصغير (وإذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلقت الزوج ، فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لأن الاستحلاف يجري في دعوى الطلاق عندهم لاسيا إذا كان المقصود هو المال) وفائدة تعيين صورة المسئلة في الطلاق قبل الدخول هي تعليم

فجاز أن يثبت بالنكول . وعن محمد أنه قال : القاضى يقول للمدعى ماذا تريد ؟ فإن قال أريد القطع يقول القاضى الحدود لا يستحلف فيها فليس لك ميئن ، وإن قال أريد المال يقول له دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال . قال المصنف (فإن نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط بفعله) يريد به النكول (شيئان : الضمان ويعمل فيه النكول فيه ، والقطع فلا يثبت به فصار كما إذا شهد عليها رجل وامرأتان ، يريد بذلك اشتغال الحجة على الشبهة ، ويجوز أن يراد بقوله بفعله فعل السرقة (وإذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلقت الزوج ، فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم ، لاسيا إذا كان المقصود هو المال) فإن قلت : هل في تخصيص ذكر الطلاق قبل الدخول فائدة ؟ قلت : هي تعليم أن دعوى المهر لا تتناول بين أن تكون في كل المهر أو نصفه ، وفيه نظر لأن الإطلاق يقتضى عن ذلك ، وليس فيه توهم

أقول : لم يخرج الجواب الصحيح من السؤال على ما قدره (قوله يريد به النكول فيه) أقول : فيه بحث (قوله والقطع ولا يثبت به) أقول : فيه شبهة التناقض ، والأصوب تفسير فعله بفعل السرقة (قوله وفيه نظر لأن الإطلاق يقتضى عن ذلك الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه لو أطلق رجا ذهب الورم إلى الإطلاق بعد الدخول لعليه بل وكذلك أيضا فقيده بل يعلم حكمه بطريق الأول ، فإنه إذا استحلقت قبل تأكد المهر فبمده أول

وكذا في النكاح إذا ادعت هي الصداق لأن ذلك دعوى المال ، ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح ، وكذا في النسب إذا ادعى حقا كالإرث ، والحجر في القبط ،

أن دعوى المهر لاتصافوت بين أن تكون الدعوى في كل المهر أو نصفه ، وكذا في التهاية ومعراج الدرية . قال صاحب العناية : وفيه نظر لأن الإطلاق يعني عن ذلك ، وليس فيه توهم التقيد بذلك انتهى . وأجاب عنه بعضهم بأنه لو أطلق لربما ذهب ألوه المهر إلى الطلاق بعد السخول لغلبيته فقيده به ليعلم حكمه بطريق الأولوية ، فإنه إذا استخلف قبل تأكد المهر فبعده أولى كما لا يخفى . قال المصنف (وكذا في النكاح إذا ادعت هي الصداق) أى وكذا يستخلف الزوج بالإجماع فيها إذا ادعت المرأة مع النكاح الصداق (لأن ذلك دعوى المال) أى المقصود من ذلك دعوى المال (ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح) يعنى يثبت المال بنكوله في قولهم جميعا لأن المال يجرى فيه الإقرار والبلل ، ولا يثبت النكاح في قول أبي حنيفة رحمه الله لأن النكاح لا يجرى فيه البلل . قال بعض الفضلاء : فإن قيل : يلزم على هذا أن يتحقق الملزوم بدون اللازم . قلنا : يجوز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر بالنكول لا مطلقا ، على أن المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفقرة والطلاق انتهى . أقول : كل واحد من أصل جوابه وعلاوته غش . أما الأول فلأنه لو جاز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر بالنكول لحاز البلل في النكاح في الجملة : أى في بعض الحالات ولم يقل به صاحب مذهب قط . وأما الثاني فلأن المهر وإن لم يستلزم قيام النكاح في البقاء ولكن يستلزم تحقق النكاح في الابتداء كما لا يخفى . ومعنى المسئلة التي نحن فيها أن النكاح لا يثبت بالنكول لافي الابتداء ولا في البقاء لعدم جريان البلل فيه على كل حال فلم يندفع السؤال . ثم أقول في إجابات عن سوائه : إن ثبوت المهر في الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه ، وأما ثبوته عند القاضي فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده لأن معنى ثبوته عنده ظهوره له ، إذ قد مر أن الحجج الشرعية مبنية في علم القاضي مظهرة في الواقع ، ولا يستلزم ظهور الملزوم ظهور اللازم لحوازان تقوم الحجة على الأول دون الثاني كما فينا نحن فيه . فاللئى يلزم من المسئلة المذكورة ثبوت المهر عند القاضي بدون ثبوت النكاح عنده ، ولا يجوز فيه لعدم الاستلزام كما عرفت ، وقس على هذا أحوال نظائره من المسائل الآتية المصلحة به في الكتاب ، فإن ما ذكرناه غش في الجميع . قال المصنف (وكذا في النسب) أى وكذا يستخلف في النسب بالإجماع (إذا ادعى حقا) أى إذا ادعى مع النسب حقا آخر (كالإرث) بأن ادعى رجل على رجل أنه أبوه المدعى عليه مات أبوهما وترك مالا في يد المدعى عليه فإنه يستخلف بالإجماع ، فإن حلف برئ ، وإن نكل يقضى بالمال دون النسب (والحجر في القبط) بأن ادعت امرأة حرة الأصل صبيا لا يبر عن نفسه كان في يد رجل التقطه أنه أخوها وأنها أولى بمحضاته فإنه يستخلف بالإجماع ، فإن نكل ثبت لها حق نقل

التقيد بذلك (وكذا في النكاح إذا ادعت الصداق لأن ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح) فإن قلت : . وجب أن يثبت النكاح أيضا لأنه يثبت بالشبهات . قلت : البلل لا يجرى فيه كما تقدم (وكذا في النسب إذا ادعى حقا كالإرث) بأن ادعى رجل على رجل أنه أخوه المدعى عليه مات أبوهما وترك مالا في يد المدعى عليه أو طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الأخوة فإنه يستخلف على النسب ، فإن حلف برئ ، وإن نكل يقضى بالمال والنفقة دون النسب (و) وكذا إذا ادعى (الحجر في القبط) بأن كان صبيا لا يبر عن نفسه في يد ملتقط فادعت أخوته حرة تريد قصر يد الملتقط لحق محضاتها وأرادت استخلافه فنكل يثبت لها الحجر دون النسب ، وكذا إذا وهب لإنسان عبدا ثم أراد الرجوع فيها فقال

كما لا يخفى ، لكن يؤى في قولنا بل ولكاله بحث فأمال (قوله وكذا في النكاح إلى قوله ولا يثبت النكاح) أقول ، فإن قيل : يلزم على هذا أن يتحقق اللازم بدون الملزوم . قلنا : يجوز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر لاسمطلقا على أن المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفقرة والطلاق (قوله قلت البلل لا يجرى فيه كما تقدم) أقول : فينبى أن يثبت النكاح عندهما (قوله فإنه يستخلف على النسب) أقول : فيه بحث لا يستخلف على المصالح عنه أبى حنيفة فيستخلف بالله ماله في ذلك المال الذى يصبى حق ، قص عليه الإتيان نقلا عن خواهر زاده . جوابه أن كلام الشارح مبنى على ما مضى من أن النسب إذا كان لا يرتفع رافع يخلف على السبب بالإجماع (قوله فادعت أخوته حرة) أقول : أو ادعى

والشفقة ، وامتناع الرجوع في الهبة ، لأن المقصود هذه الحقوق ،

الصبي إلى حجرها دون النسب (والشفقة) بأن ادعى زمن على موسى أنه أخوه وأن نفقته عليه فأنكر المدعى عليه الأخوة يستتلف بالإجماع ، فإن نكل يقضى بالشفقة دون النسب (وامتناع الرجوع في الهبة) بأن أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له أنت أنسى يريد بذلك إعطال حق الرجوع فإنه يستتلف بالإجماع ، فإن نكل ثبت امتناع الرجوع دون النسب (لأن المقصود هذه الحقوق) دليل للمجموع : يعني أن المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هذه الحقوق : أي دون النسب المهر ، ثم إن صاحب العناية بعد مفسر قول المصنف لأن المقصود هذه الحقوق بقوله : أي دون النسب المهر قال في تعليقه فإن فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن تحميل النسب على الغير لا يلزم في المسائل المذكورة مطلقا بل إنما يلزم فيها إذا كان النسب مما لا يثبت بالإقرار كالأخوة ونحوها ، وأما فيما إذا كان مما يثبت بالإقرار كالأبوة والبنوة فلا ، والمسائل المذكورة تم الصورتين معا ، أي يرى أن المدعى في صورة الشفقة إذا قال للمدعى عليه أنت أبي فإن المسئلة بجعلها وكلتا الحال في صورة امتناع الرجوع في الهبة ، وكذا المدعى في صورة الحجر في القبط إذا قالت إن الصبي ابنها فإن المسئلة بجعلها أيضا وكان التحليل المذكور قاصرا عن إفادة كلية المدعى . وقال بعض الفقهاء : أظهر أن يقول صاحب العناية بدل التحليل الذي ذكره : فإن البطل لا يجرى فيه كما قال آقا في صورة دعوى النكاح انتهى . أقول : وفيه أيضا نظر ، فإن المطل هاجتا أن لا يكون المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة النسب المهر ، وعدم جريان البطل في النسب المهر لا يفيد لأن الحجج على الدعوى غير منحصرة في النكول ، بل منها أيضا إقامة البينة وإقرار الخصم ، والبطل إنما هو النكول من بينها فلا يلزم من عدم جريانه في النسب المهر عدم جريان سائر الحجج فيه حتى لا يصح أن يكون مقصودا بالدعوى في المسائل المذكورة ، بخلاف ما قاله في صورة دعوى النكاح فإن المطل هناك عدم ثبوت النكاح بالنكول ، وعدم جريان البطل في النكاح يفيد قطعا . لا يقال : التحليل الصحيح هنا أن يقال فإنه لو كان المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هو النسب المهر لما ادعى المدعى فيها مع النسب حقا آخر والمروء في كل واحدة من تلك المسائل ادعاء المدعى معه حقا آخر كما ينأى عليه قول المصنف وكذا في النسب إذا ادعى حقا كالإرث الخ . لأننا نقول : هذا إنما يتم فيما إذا كان النسب مما يثبت بالإقرار كالبنوة ونحوها ، فإن دعوى النسب المهر تسمع في تلك الصورة ، فلو كان مقصود المدعى فيها دعوى للنسب المهر لما ادعى معه حقا آخر ، وأما إذا كان النسب مما لا يثبت بالإقرار كالأخوة ونحوها فلا ، لأن دعوى النسب المهر لا تسمع في هذه الصورة ، بل يتوقف فيها استماع الدعوى وقبول البينة على أن يدعى المدعى مع النسب حقا آخر لنفسه كما صرح به في عامة معتبرات الفتاوى فيجوز أن يكون مقصود المدعى في هذه الصورة النسب المهر ويُدعى مع النسب حقا آخر فمرد التوصل به إلى مقصوده وهو النسب المهر ، والمسائل

الموهوب له أنت أنسى يريد بذلك إعطال حق الرجوع استتلف الواهب ، فإن نكل ثبت امتناع الرجوع ولا تثبت الأخوة قوله لأن المقصود هذه الحقوق دليل للمجموع : أي دون النسب المهر ، فإن فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز ، ولهذا إنما يستتلف في النسب المهر عندها إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن في حق الرجل والأنثى في حق المرأة دون الابن ، لأن في دعواها الابن تحميل النسب على الغير ، وأما المولى والزوجة فإن دعواهما تصح من الرجل والمرأة إذ ليس فيه تحميل على أحد فيستتلف ،

ذلك حر (قوله فإن فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز) أقول : أظهر أن يقول بطله ، فإن البطل لا يجرى فيه كما قاله آقا في صورة دعوى النكاح ، فإن ما ذكره من التحليل فيه قصور لأن للمدعى في صورة دعوى الشفقة وامتناع الرجوع في الهبة إذا قال للمدعى عليه أنت أبي مثلا فإن المسئلة بجعلها وليس فيه تحميل للنسب ، وأما ملعب الإنسان في حق الاستصاف إذا ادعى المنى الأخوة فيفهم بتعليقه من قوله وإنما يستتلف الخ فافهم (قوله ولهذا) أقول : أي لعدم الجواز (قال المصنف : لأن في دعواها) أقول : في النهاية : أي في إقرارها انتهى ، وفي كلام (قوله فإن دعواها الخ) أقول : فيه ركاكة ظاهرة وتنفع بإعادة التفسير إلى الولاية والزوجية في ضمن الملوك والزوج كما في قوله تعالى - ادخلوا هو أقرب للتقوى -

ولأنما يستحلف في النسب المجرد عندهما إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن في حق الرجل والأب في حق المرأة ، لأن في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما . قال (ومن ادعى قصاصا على غيره فليجده استحلف) بالإجماع (ثم إن نكل عن العيين فيما دون النفس يلزمه القصاص ، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : لزمه الأرض فيهما لأن النكول لإقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال ، خصوصا إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه ؛

المذكورة تم الصورتين معا كما بيناه من قبل ، فكان هذا التعليل أيضا قاصرا على إفادة كلية المدعى . وبالجملة لم يظهر لقول المصنف لأن المقصود هذه الحقوق علة واضحة شاملة لجميع صورتك المسائل العامة فكان هذا هو السر في أن صاحب الكافي لم يذكر قول المصنف هذا أصلا مع أن عادته اقتضاء أثر المصنف في أمثاله ، وأن أكثر الشرايع لم يتعرضوا لشرحه وبيانه بالكيفية (ولأنما يستحلف في المجرد) قيد به احترازا عما هو مقرون بدعوى حق آخر كما مر آنفا (عندهما) أى عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (إذا كان يثبت بإقراره) أى إذا كان يثبت النسب بمجرد إقرار المدعى عليه فإن النكول عندهما لإقرار فكل نسب لو أقرب به المدعى عليه ثبت بالنكول أيضا (كالأب والابن في حق الرجل) فإنه إذا أقرب بالأب والابن يصح إقراره ويثبت نسب المقر له منه بمجرد إقراره (والأب في حق المرأة) فإنها إذا أقربت بالأب يصح إقرارها ويثبت نسب المقر له منها بمجرد إقرارها ، وأما لو أقربت بالابن فلا يصح إقرارها ولا يثبت نسبه منها (لأن في دعواها الابن) أى في ادعائها الابن : أى في إقرارها به ، كذا في النهاية وغاية البيان تأمل (تحميل النسب على الغير) وهو لا يجوز (والمولى) أى وكأولوى : يعنى السيد (والزوج في حقهما) أى في حق الرجل والمرأة ، وهذا القيد : أى قوله في حقهما متعلق بالمولى والزوج جميعا ، فإن إقرار الرجل والمرأة بالمولى والزوج يصح . وحاصل كلام المصنف ههنا أن إقرار الرجل يصح بأربعة : بالأب والابن والمولى والزوجة ، وإقرار المرأة يصح بثلاثة : بالأب والمولى والزوجة . ولا يصح بالولد لأن فيه تحميل النسب على الغير . وكان أصل المسئلة في محلها أن إقرار الرجل يصح بخمسة : بالوالدين والولد والزوجة والمولى . وإقرار المرأة يصح بأربعة : بالوالدين والزوج والمولى ، ولا يصح بالولد لما مر ، فكان المصنف اكتفى بذكر الأب عن ذكر الأم لظهور اشتراكهما في الحكم المذكور . قال شيخ الإسلام خواهرزاده في مبسوطه : الأصل في هذا الباب أن المدعى قبله النسب إذا أنكر هل يستحلف إن كان بحيث لو أقرب به لا يصح إقراره عليه ، فإنه لا يستحلف عندهم جميعا لأن العيين لا تضيد ، فإن فائدة العيين النكول حتى يجعل النكول بدلا أو لإقراره فيبقى عليه ، فإذا كان لا يقضى عليه لو أقرب فإنه لا يستحلف عندهم جميعا ، وإن كان المدعى قبله بحيث لو أقرب لزومه ما أقرب به ، فإذا أنكر هل يستحلف على ذلك ؟ فالمسئلة على الاختلاف عند أبي حنيفة رحمه الله لا يستحلف ، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف ، فإن حلف برئ ، وإن نكل عن العيين لزومه الدعوى ، فعلى هذا الأصل تخرج مسائل الباب انتهى (قال) أى القدورى في غنصره (ومن ادعى قصاصا على غيره فليجده) وليس للمدعى بيته (استحلف) المدعى عليه (بالإجماع) سواء كانت الدعوى في النفس بها أو فيما دونها ، وهذه المسئلة المذكورة في إجماع الصغير أيضا في كتاب القضاء (ثم إن نكل عن العيين فيما دون النفس لزومه القصاص ، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر ، وهذا) أى الحكم المذكور (عند أبي حنيفة ، وقالوا : لزومه الأرض فيهما) أى في النفس وفيما دونها (لأن النكول لإقرار فيه شبهة عندهما) لأنه إن امتنع عن العيين تورعها عن العيين الصادقة لا يكون لإقراره بل يكون بدلا ، كذا في الكافي (فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا) أى خاصة (إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه) أى من جهة من عليه القصاص ، وقيد امتناع القصاص لمعنى

وهذا بناء على أن النكول يدل من الإقرار فلا يعمل إلا في موضع يعمل فيه الإقرار . قال (ومن ادعى قصاصا على غيره فليجده) أى (ومن ادعى قصاصا على غيره فليجده) وليس للمدعى بيته يستحلف المدعى عليه بالإجماع سواء كانت الدعوى في النفس أو فيما دونها ، ثم إن نكل عن العيين لزومه فيما دون النفس القصاص ، وفي النفس يحبس حتى يقر أو يحلف عند أبي حنيفة ، وقالوا :

كما إذا أقر بالخطأ والولى يدعى العمد . ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فيجوز فيها البذل ، بخلاف الأنفس فإنه لو قال أقطع يدي قطعها لأوجب الضمان ، وهذا إعمال البذل إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة ، وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للأكلة وقلم السن للوجع ،

من جهة من عليه القصاص ، لأنه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لأوجب القصاص ولا المال أيضا ، كما إذا أقام مدعى القصاص رجلا وامرأتين أو الشهادة على الشهادة حيث لا يقضى بشيء ، لأن الحجية قامت بالقصاص ولكن تملز استيفاءه فلا يجب شيء كذا في الشروح ، ونظير هذا ما أشار إليه المصنف بقوله (كما إذا أقر بالخطأ والولى يدعى العمد) فإنه يجب فيه المال وبالعكس لا يجب فيه شيء (ولأبي حنيفة أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال) لأنها خلقت وقاية للنفس كأموال (فيجوز فيها البذل) كما يجوز في الأموال (بخلاف الأنفس) حيث لا يجوز فيها البذل (فإنه لو قال : أقطع يدي) أى لو قال الآخر أقطع يدي (قطعها لأوجب الضمان) أى على القاطع (وهذا) أى عدم وجوب الضمان (إعمال للبذل) في الأطراف ، وأما لو قال اقتلت فقتله فإنه يجب عليه القصاص في رواية والدية في أخرى ، وهذا دليل على عدم جريان البذل في الأنفس . ولما استشعر أن يقال لو كانت الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لكان ينبغي أن يباح قطع يده إذا قال أقطع يدي كما يباح أخذ ماله إذا قال خذ مالي ، أجاب عنه بقوله (إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة) أى لا يباح القصاص لعدم الفائدة فيه كما أن إتلاف المال لا يباح عند عدم الفائدة بأن قال أتى مالي في البئر أو حرقه بالنار (وهذا البذل) أى الذى بالنكول (مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للأكلة وقلم السن للوجع) قال صاحب العناية : وفيه بحث من وجهين : أحدهما أنه مناقض لما قال في السرقة إن القطع

لزمه الأرض فيهما لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ، ويجب به المال إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة ، كما إذا أقر بالخطأ والولى يدعى العمد ، وفيما نحن فيه كذلك لأنه لم يصرح بالإقرار فأشبه الخطأ . وأما إذا كان الامتناع من جانب من له كما إذا أقام مدعى القصاص رجلا وامرأتين أو الشهادة على الشهادة فإنه لا يقضى بشيء لأن الحجية قامت بالقصاص لكن تملز استيفاءه ولا يشبه الخطأ فلا يجب شيء ، ولا تفاوت في هذا المعنى بين النفس ومادونها . فإن قيل : من أين وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل وامرأتين كما يجب بالنكول وهما ثابت بالنكول دون الشهادة ؟ أجيب بأن المال ثمة أصل ويتمدى إلى القطع ، وإذا قصر لم يتعد فبقى الأصل ، ولعلنا الأصل المشهود به هو القصاص ، ثم يتمدى إلى المال إذا وجد شرطه وهو أن يكون مشروعا بطريق المنة للخصمين للقتال بسلامة نفسه والمفتول بعناية دمه عن الملدز ولم يوجد في صورة الشهادة لعدم شبهها بالخطأ . ولأبي حنيفة أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها خلقت وقاية للنفس كأموال فيجوز فيها البذل ، ألا ترى أنه لو قال أقطع يدي قطعها لأوجب الضمان ، وليس ذلك إلا من حيث إعمال البذل ، بخلاف الأنفس حيث لا يجوز فيها البذل ، فإنه لو قال اقتلت فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية وبالدية في أخرى . فإن قيل : لو كانت الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لحاز قطع يده من غير إثم إذا قال أقطع يدي ،

(قوله إذا كان امتناع القصاص لمعنى) أقول : أى امتنع القصاص لذلك المعنى (قوله وفيما نحن فيه كذلك) أقول : أى لامتناع من جهة من عليه (قوله لأنه لم يصرح بالإقرار) أقول : بل أتى بما فيه شبهة البدلية أو شبهة الإنكار وهو النكول (قوله فأشبهه الخطأ) أقول : في كون الامتناع لمعنى من جهة من عليه (قوله فإن قيل ، إلى قوله : حيث يثبت للمال فيها) أقول : أتى في السرقة (قوله أجيب بأن المال ثمة) أقول : مأخوذ من النهاية (قوله وإذا قصر لم يتمد إلى) أقول : أى إذا ثبت قصور في ثبوت المال بأنه كان محبة فيها شبهة . ثم أقول : لا يلزم عليك ما في هذا التقرير من القصور (قوله وهو أن يكون مشروعا بال) أقول : لعل المراد أن يكون شبهة يقتل المال مشروعا في طريق المنة له ، كما يلزم إليه قوله لعدم شبهها بالخطأ (قوله لعدم شبهها بالخطأ) أقول : فإنه مجاه تملز القصاص من قبل القتال . ثم أعلم أن الضمير في قوله شبهة راجع إلى صورة في قوله لم يوجد في صورة الشهادة (قوله قطعها لأوجب الضمان) أقول : ولكن يأم فيه (قوله لحاز قطع يده من غير إثم) أقول : ألا أن يقال لحاز بذلك يد من غير إثم

وإذا امتنع القصاص في النفس والعين حق مستحق يحبس به كما في القسامة . قال (وإذا قال المدعى في بيئته حاضرة قليل ،

لا يثبت بالنكول . والثاني أن الخصومة تندفع بالأرض وهو أهون ، فالمصير إليه أولى . وأجيب عن الأول بأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال في حقوق العباد لأنهم المخطئون إليها فتثبت بالشبهات كالأموال ، والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات . وعن الثاني بأن دفع الخصومة بالأرض إنما يصار إليه بعد تعلل ما هو الأصل وهو القصاص ولم يتعلل فلا يعدل عنه انتهى . واعترض بعض الفضلاء على قوله في جواب البحث الأول والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى ، وهو لا يثبت بالشبهات بعد أن بين المراد حيث قال : يعني أن في كون النكول بذلاً شبهة لكن فيه بحث ، فإنه لو صرح بالبدل في حقوق الله تعالى لا يثبت القطع أيضاً ، فالأولى طرح الشبهة من العين والاكتفاء بعدم تأني البدل فيه انتهى . أقول : مدار بحثه على أن يكون المراد ما بينه ، وذلك بمنع إذ يجوز أن يكون المراد أن في كون الأطراف مما يسلك به مسلك الأموال شبهة لا احتمال كونها في حكم الأنفس كما ذهب إليه الشافعي رحمه الله وبنى عليه تجويزه القصاص بين الرجل والمرأة وبين الحر والعبد وبين العبد بين دون النفس على ما يأتي في كتاب الجنائيات ، فع هذه الشبهة لا يأتى البدل في قطع الأطراف في حقوق الله تعالى ، بخلاف حقوق العبد فيم الجواب . ثم إن في ذكر هذه الشبهة إجماع إلى سبب عدم تأني البدل فيه في حقوق الله تعالى فكان ذكرها أولى من طرحها والاكتفاء بعدم تأني البدل فيه كما لا يخفى (وإذا امتنع القصاص في النفس) أي بالنكول لعدم جريان البدل فيها كما مر (والعين حق مستحق) أي والحال أن العين حق مستحق (يحبس به) أي يحبس الناكِل بذلك الحق (كما في القسامة) فمنهم إذا نكلوا عن العين يحبس حتى يقر أو يحلفوا (قال أي القدوري في مختصره) (وإذا قال المدعى في بيئته حاضرة قليل

كما يباح له أخذ ماله إذا قال خذ مالي . أجاب بقوله إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة ، حتى لو كان القطع مفيداً كالقطع للأكلة وقلم السن للوجع لم يأثم بفعله ، وما نحن فيه من البدل : أي الذي بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به فيكون مباحاً ، وفيه بحث من وجهين : أحدهما أنه مناقض لما قال في السرقة إن القطع لا يثبت بالنكول . والثاني أن الخصومة تندفع بالأرض وهو أهون فالمصير إليه أولى . وأجيب عن الأول بأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال في حقوق العباد ، لأنهم المخطئون إليها ، فتثبت بالشبهات كالأموال ، والقطع في السرقة خالص حق الله وهو لا يثبت بالشبهات . وعن الثاني بأن دفع الخصومة بالأرض إنما يصار إليه بعد تعلل ما هو الأصل وهو القصاص ولم يتعلل فلا يعدل عنه ، فظهر مما ذكرنا أن البدل في الأطراف جائز فيثبت القطع به وفي الأنفس ليس بجائز فيمتنع القصاص ، وإذا امتنع والعين حق مستحق عليه يحبس به فيها كما في القسامة فمنهم إذا نكلوا عن العين يحبس حتى يقر أو يحلفوا . قال (وإذا قال المدعى في بيئته حاضرة الخ) وإذا قال المدعى في بيئته حاضرة في المصر

وليس كذلك ، فترتبط الجواب بالسؤال ، فإن ضمير لا يباح حاله إلى البدل على ما يقتضيه كلام المصنف . وأيضاً فالقطع يقطع لخصومة إذا لم يكن للمدعي عقال ليس محتاج . وأما قوله كالقطع للأكلة فأمره حين فاقته من قبل إسناد الفعل إلى السبب الآخر وهو البذل والتشبه في مجرد الإباحة (قوله لأنهم المخطئون إليها) أقول : يعني إلى الأطراف (قوله فيثبت بالشبهات الخ) أقول : يعني فيثبت القطع بالشبهات ، لكن يتوهمنا بحث ، إذ يلزم حينئذ أن يثبت بشهادة رجل وامرأتين ولا وليس فليس ، بل الأصوب أن يقال : إن الأطراف لو كانت بمنزلة الأموال يصح فيها البدل إذا كانت هي للمدعي وللمدعي في السرقة هو المال لا القطع لكون القطع حق الله تعالى فلا يصلح له حتى يبدل يده لانفكاخ الخصومة ، فإن مناط التشريع في هذه المسائل على مله على مله أي حنفية جريان البدل لفائدة دفعه لا يثبت الشبهة وعندها فليتأمل . ويمكن أن يجاب عن أصل البحث وهو قوتنا فيلزم أن يثبت بشهادة رجل وامرأتين بأن يقال : إن القياس كان أن يقبل وعدم القبول مله في الزهرى بقدر ما في أول الشهادة . ثم أقول : يمكن البحث في بعض مقدمات الجواب الأول وهو قوتنا لأبوت الشبهة وعندها (قوله والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات) أقول : يعني أن في كون النكول بذلاً شبهة لكن فيه بحث فإنه لو صرح بالبدل في حقوق الله تعالى لا يثبت القطع أيضاً ، فالأولى طرح الشبهة من العين والاكتفاء بعدم تأني البدل فيه (قال المصنف : وإذا قال المدعى في بيئته حاضرة)

لخصه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) كى لا يضيع نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل ، وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لأن فيه نظرا للمدعى وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لأن الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فصيح التكفيل بإحضاره والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة رحمه الله ، وهو الصحيح ، ولا فرق في الظاهر بين الحامل والوجيه

لخصه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام كى لا يضيع نفسه (فيضيع حقه) أى حق المدعى ، ويجب أن يكون الكفيل ثقة معروف الدار حتى يحصل فائدة التكفيل وهي الاستيثاق ، كذا في الكافي وغيره (والكفالة بالنفس جائزة عندنا) خلافا للشافعي (وقد مر من قبل) أى وقد مر جواز الكفالة بالنفس من قبل : أى في أول كتاب الكفالة (وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا) اعلم أن أخذ الكفيل مما اختلف فيه السلف . روى عن قتادة الشعبي أنه لا يجوز . وروى عن إبراهيم النخعي أنه يجوز ، وهذا هو الاستحسان أخذ به علماءنا ، والقياس أن لا يجوز . وجه القياس أن مجرد الدعوى ليس بسبب للاستحقاق كيف وقد عارضه المدعى عليه بالإنكار فلا يجب عليه إعطاء الكفيل . ووجه الاستحسان ما ذكره بقوله (لأن فيه) أى في أخذ الكفيل (نظرا للمدعى) إذ لا يضيع حينئذ خصمه فيتمكن من إقامة البينة عليه (وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه ، وهذا لأن الحضور مستحق عليه) أى على المدعى عليه (بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه) من الإيداع على لفظ المجهول . يقال استعدى فلان الأمير على من ظلمه : أى استعان به فأعاده الأمير عليه : أى أعانه الأمير عليه ونصره ، ومنه قول الشاعر :

وتستدئ الأمير إذا ظلمنا ومن يعدى إذا ظلم الأمير

كذا في النهاية وغيرها (ويحال بينه وبين أشغاله) من الحيلولة على لفظ المجهول أيضا (فيصح التكفيل بإحضاره) بمجرد الدعوى (والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة وهو الصحيح) احترازا عما روى عن أبي يوسف أنه يؤخذ الكفيل إلى المجلس الثاني (ولا فرق في الظاهر) أى في ظاهر الرواية (بين الحامل والوجيه) يقال خبل الرجل خولا : إذا كان ساقط

فلما أن يكون المدعى عليه مقبيا أو مسافرا ، فإن كان مقبيا قيل له أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام ، فإن فعل وإلا أمر بملازمته . أما جواز الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم . وأما جواز التكفيل فهو استحسان ، والقياس بإبائه قبل إقامة الحجة . ووجه ذلك أن الحضور بمجرد الدعوى مستحق عليه حتى لو امتنع عنه يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل بإحضاره نظرا للمدعى وضرر المدعى عليه به يسير فيتحمل كالأعداء والحيلولة بينه وبين أشغاله . وأما التقدير بثلاثة أيام فروى عن أبي حنيفة من غير فرق بين الوجيه والحامل والخطير من المال والحقير منه هو الصحيح . وروى عن محمد أنه قال : إذا كان معروفا والظاهر أنه لا يفتى شخصه بذلك القدر لا يجرى على ذلك ، وإن سمحت نفسه بذلك يؤخذ ، وكذا إذا كان المدعى به فقيرا لا يفتى المرء نفسه بذلك لا يجرى عليه ، وأما الأمر بالملازمة فلنلا يضيع حقه ، فإن قال المدعى لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة ، لأن الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في المالك حال ، والغائب كالمالك من وجه ، إذ ليس كل غائب يتوب ، وإن كان مسافرا فالكفالة والملازمة يقتدران بمقدار مجلس القاضي ، إذ ليس فيه تكبير ضرر ، وفي الزيادة على ذلك زيادة ضرر لمنعه من السفر ،

أقول : ليست المسئلة من باب الخين فذكرها هاهنا اصطراحي (قوله ووجه ذلك) أقول : يعني وجه الاستحسان (قوله هو الصحيح) أقول : فيه بحث فإن الحكم على بالصفة في الكتاب هو التقدير بثلاثة أيام احترازا عما روى عن أبي يوسف ، فالفرح لا يطابق الشروح ، وجوابه أظهر من أن يكتب .

والحقير من المال والخطير ، ثم لابد من قوله لى بينة حاضرة للتكفيل ومعناه فى المصر ، حتى لو قال المدعى لايينة لى أو شهودى غيب لا يكفل لعدم القائدة . قال (فإن فعل وإلا أمر بملازمته) كى لا يذهب حقه (إلا أن يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضى) وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس ، فالاستثناء منصرف إليهما لأن فى أخذ التكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر فى هذا المقدار ظاهرا ، وكيفية الملازمة نذكرها فى كتاب الحجر إن شاء الله تعالى :

القدر (والحقير من المال والخطير) أى وبين الحقير من المال والخطير : أى الشريف . وعن محمد أنه إذا كان معروفا أو الظاهر من حاله أنه لا يئخذ نفسه بذلك القدر لا يغير على إعطاء التكفيل (ثم لابد من قوله لى بينة حاضرة للتكفيل ومعناه فى المصر) أى معنى قوله حاضرة حاضرة فى المصر (حتى لو قال المدعى لايينة لى أو شهودى غيب) فتحتج بخفة الياء أو بضم الفين مشددة الياء (لا يكفل) أى لا يكفل بخصمه (لعدم القائدة) لأن القائدة هى الحضور عند حضور الشهود وذلك فى المالك حال ، والقائب كالمالك من وجه ، إذ ليس كل غائب يثوب (قال) أى القنورى فى خصمه (فإن فعل) أى فإن أعطى خصمه التكفيل فيها (وإلا) أى وإن لم يعط (أمر بملازمته) أى أمر المدعى بملازمة خصمه (كى لا يذهب حقه) أى حق المدعى (إلا أن يكون غريبا) أى إلا أن يكون المدعى عليه غريبا (على الطريق) أى مسافرا (فيلازم) أى فيلازم المدعى المدعى عليه (مقدار مجلس القاضى) ، وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس) أى وكذا لا يكفل المدعى عليه إذا كان مسافرا إلا إلى آخر مجلس القاضى (فالاستثناء منصرف إليهما) أى الاستثناء المذكور فى مختصر القنورى بقوله إلا أن يكون غريبا منصرف إلى التكفيل والملازمة جميعا لأن فى أخذ التكفيل والملازمة زيادة على ذلك (أى على مقدار مجلس القاضى (إضرارا به) أى بالمدعى عليه (بمنعه عن السفر ، ولا ضرر فى هذا المقدار) أى فى مقدار مجلس القاضى (ظاهرا) أى من حيث الظاهر لأن هذا القدر لا ينقطع عن الرفقة ، فإذا جاء أوان قيام القاضى عن مجلسه ولم يحضر المدعى بيته فإن القاضى يحلف المدعى عليه ويحل سبيله ليذهب حيث شاء ، فإن اختلف الطالب والمطلوب فقال المطلوب أنا مسافر وقال الطالب إنه لا يريد السفر تكلموا فيه بأقوال . قال بعضهم : القول قول المدعى لأنه متمسك بالأصل فإن الأصل هو الإقامة والسفر عارض فيكون القول قول من تمسك بالأصل . وقال بعضهم : القاضى يسأله مع من يريد السفر؟ فإن أخبره مع فلان والقاضى يبعث إلى الرفقة أمينا من أمنائه يسأل إن فلانا هل استعمل الخروج معكم ، فإن من أراد السفر لابد أن يكون مستعدا لذلك ، قال الله تعالى - ولوأرادوا الخروج لأعدوا له عدة - فإن قالوا نعم قد استعدنا لذلك انضم قولهم إلى قوله فيقبل ذلك منه فيسبله إلى آخر المجلس ، فإن حضر المدعى بيته فى هذه المدة ولاخل سبيل المطلوب ، وإن لم يعلموا من حاله فتحن نعلم أن بينى ثلاثة أيام لأجل الاستعداد قلنا بأنه يغير على إعطاء التكفيل ثلاثة أيام ، كذا فى غاية البيان . قال المصنف (وكيفية الملازمة نذكرها فى كتاب الحجر إن شاء الله تعالى) والذى يذكره المصنف هناك هو أنه يدور معه أينما دار ولا يعلسه فى موضع لأمنه حبس ، ولو دخل داره لا يلقه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج ، لأن الإنسان لابد أن يكون له موضع خلوة انتهى . وقال فى الفتاوى الصغرى : وتفسير الملازمة أن ينوب معه حيث دار ويبعث أمينا حتى يدور معه أينما دار ، لكن لا يتلصق فى موضع لأن ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدهوى ولا يشغل عن التصرف بل هو يتصرف بالمدعى يدور معه ، وإذا انتهى المطلوب إلى داره فإن الطالب لا يمنعه من الدخول على أهله ، بل يدخل المطلوب على أهله والطالب الملازم يجلس على باب داره . ثم يقال : رأيت فى الزيادات فى الباب الخامس والأربعين أن المطلوب إذا أراد أن يدخل بيته فلما أن يأذن المدعى بالدخول معه أو يجلس معه على باب الدار لأنه لو تركه حتى دخل الدار وحده فرما يهرب من جانب آخر فيلوث ما هو المقصود من الملازمة انتهى .

وكيفية الملازمة ستذكر فى كتاب الحجر إن شاء الله تعالى .

(فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

قال (واليمين بالله عز وجل دون غيره) لقوله عليه الصلاة والسلام « من كان منكم حائفا فليحلف بالله أو .
ليبر » وقال عليه الصلاة والسلام « من حلف بغير الله فقد أشرك » (وقد تؤكد بذكر أوصافه) وهو التغليظ ،
وذلك مثل قوله : قل والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ، الذي يعلم من السر ما يعلم من
العلانية ، ما لتلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه . وله أن يزيد في
التغليظ على هذا وله أن ينقص منه ، إلا أنه يحاط كى لا يتكرر عليه اليمين .

(فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

لما ذكر نفس اليمين أى في أى موضع يحلف ذكر في هذا الفصل صفتها لأن كيفية الشيء وهى مايقع به المشاهدة واللامشاهدة
صفته والصفة تقتضى سبق الموصوف (قال) أى القدورى في مختصره (واليمين بالله دون غيره لقوله عليه الصلاة والسلام
« من كان منكم حائفا فليحلف بالله أو ليبر ») أقول : هللنا كلاما وهو أنه قال في كتاب الأيمان : اليمين بالله أو باسم آخر من
أسماء الله كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفاته التى يحلف بها عرفا . كناية الله وجلاله وكبريائه ، وهذا صريح في أن اليمين كما
تكون بالله تعالى تكون أيضا بصفاته التى يحلف بها في المتعارف ، والحصر المستفاد من قوله هللنا واليمين بالله تعالى دون غيره
يقضى اختصاص اليمين بالله تعالى . وأيضا قال هناك : وإن قال إن فعلت هذا فهو يهودى أو نصرانى أو كافر يكون يمينا ،
والحصر المستفاد هاهنا ينفيه أيضا . ويمكن أن يجاب عن الأول بأنه قد اشتهر من مذهب أهل السنة أن صفات الله تعالى ليست
حين الذات ولا غيرها ، فعل هذا لايناقى قوله دون غيره صفة اليمين بصفاته المذكورة ولا ينالها أيضا اختصاص اليمين بالله
تعالى بمعنى لاغيره كما يفيد قوله دون غيره . وعن الثانى بأن اليمين في الصورة المذكورة وإن لم تكن بالله تعالى في ظاهر الحال
إلا أنها كانت به في المآل فتأمل . وفي الميسوط : إن الحر والمملوك والرجل والمرأة والقاسق والصالح والكافر والمسلم في اليمين
سواء ، لأن المقصود هو القضاء بالنكول ، وهؤلاء في اعتقاد الحرمة في اليمين الكاذبة سواء ، كلما في النهاية ومعراج الدراية
(وقد تؤكد) أى اليمين (يذكر أوصافه) أى يذكر أوصاف الله تعالى ، هذا لفظ القدورى في مختصره . قال المصنف (وهو
التغليظ ، وذلك مثل قوله قل : والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر والخفاه ما يعلم من
العلانية ما لتلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه ، وهو كذا وكذا ولا شيء منه ، وله) أى وللقاضى (أن يزيد في
التغليظ على هذا) أى على المذكور (وله أن ينقص منه) أى من المذكور لأن المقصود من الاستحلاف النكول ، وأحوال
الناس فيه مختلفة ، منهم من يمتنع إذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر إذا حلف بالله فقط ، ثم منهم من يمتنع بأدى تغليظ ، ومنهم من
لا يمتنع إلا بزيادة تغليظ ، فلقاضى أن يراضى أحوال الناس . والأصل فيه حديث أبى هريرة رضى الله عنه « فى الذى حلف بين
يذى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : والله الذى لا إله إلا هو الرحمن الرحيم الذى أنزل عليك الكتاب » ولم ينكر عليه
رسول الله صلى الله عليه وسلم (إلا أنه يحاط كى لا يتكرر عليه اليمين) والمراد بالاستحلاف أن يذكر بغير واو ، إذ لو ذكر :

(فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجبة هى فيها ذكر صفتها ، لأن كيفية الشيء وهو مايقع به المشاهدة واللامشاهدة
صفته ، واليمين بالله دون غيره لقوله صلى الله عليه وسلم « من كان منكم حائفا فليحلف بالله أو ليبر » وكلامه فيه ظاهر .

(فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

(قال المصنف : واليمين بالله) أقول : قوله واليمين مبتدأ ، وقوله بالله مجرور .

لأن المستحق بين واحدة ، والقاضى بالخيار إن شاء غلط وإن شاء لم يغلط فيقول : قل بالله أو والله ، وقيل لا يغلط على المعروف بالصالح ويغلط على غيره ، وقيل يغلط فى الخطير من المال دون الحقير . قال (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالتناق) لما روينا ، وقيل فى زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضى أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق .

والله والرحن والرحم بالواوات صارت ثلاثة إيمان ، وتكرار اليمين غير مشروع ، كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط (لأن المستحق عليه يمين واحدة والقاضى بالخيار ، إن شاء غلط) فلا يزد عليها (وإن شاء) القاضى (لم يغلط فيقول قل بالله أو والله) لما مر أن المقصود من اليمين النكول وأحوال الناس فيه شتى : فهم من يمتنع بدون التغليظ فلا يحتاج إليه فالرأى فيه إلى القاضى (وقيل لا يغلط على المعروف بالصالح) إذ الظاهر منه أن يمتنع بدون التغليظ (ويغلط على غيره) لكون أمره على خلاف الأول (وقيل يغلط فى الخطير من المال دون الحقير) لمثل ما قلنا فى القيل الأول (قال) أى القدرورى فى غرضه (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالتناق لما روينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام « من كان حالفا فليحلف بالله أو ليبر » (وقيل فى زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضى أن يحلف بذلك) أى بالطلاق أو بالتناق (لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق) أقول : يرد عليه أن هذا تعليل فى مقابلة النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « من كان حالفا فليحلف بالله أو ليبر » فلا يصح على ما عرف فى موضعه . وفى فتاوى قاضيه خان : وإن أراد المدعى تحليفه بالطلاق والتناق فى ظاهر الرواية لايبيح القاضى إلى ذلك لأن التحليف بالطلاق والتناق ونحو ذلك حرام . وبعضهم جوزوا ذلك فى زماننا ، والصحيح ظاهر الرواية انتهى . وفى الأخيرة : التحليف بالطلاق والتناق والأيمان المغلطة لم يجوزها أكثر مشايخنا وأجازها البعض ، فيفتى بأنه يجوز إن مسته الضرورة ، وإذا بالغ المستفتى فى الفتوى يفتى بأن الرأى إلى القاضى انتهى . وفى فصول الاستروشى : ولو حلف القاضى بالطلاق فنكل لا يقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منتهى عنه شرعا انتهى . وفى الخلاصة : التحليف بالطلاق والتناق والأيمان المغلطة لا يجوزها أكثر مشايخنا فإن مست الضرورة يفتى بأن الرأى إلى القاضى ، فلو حلف القاضى بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه انتهى . أقول : قد تلخص من هذه المذكورات كلها أن القاضى أن يحلف بالطلاق والتناق عند إلحاح الخصم ، وأن يفتى بجواز ذلك إن مسته الضرورة ، ولكن ليس له أن يقضى بالنكول عنه ، وإن قضى به لا ينفذ قضاؤه وعن هذا قال صاحب العناية : ولكنهم قالوا : إن نكل عن اليمين به لا يقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منتهى عنه شرعا ، ولو قضى به لا ينفذ قضاؤه انتهى . لكن فيه إشكال لأن فائدة التحليف القضاء بالنكول ، فإذا لم يميز القضاء بالنكول عما ذكر فكيف يجوز التحليف به ، ألا يرى إلى ما مرّ فى بيان دليل أبى حنيفة على عدم جواز الاستحلاف فى الأشياء العديدة عنده من أن النكول بذل والبلل لا يجرى فى هذه الأشياء ، وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف فيها حيث جعلوا عدم

(قوله ولا يستحلف بالطلاق ولا بالتناق) هو ظاهر الرواية ، وجوز ذلك بعضهم فى زماننا لقلة المبالاة المدعى عليه باليمين بالله ، لكنهم قالوا : إن نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منتهى عنه شرعا ، ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه . وابن سورينا بالقصر أم عيسى : روى أنه عليه الصلاة والسلام رأى قوما مروا برجل وامرأة ضم وجههما فسأل عن حالهما فقالوا : إنهما زنيا ، فأمر بإحضار ابن صوريا وهو جبرهم فقال : : أنشدك الله : أى أحلفك بالله الذى أنزل التوراة على

(قوله لا يقضى عليه بالنكول) أقول : على ظاهر الرواية وهو الصحيح (قوله لأنه نكل عما هو منتهى عنه شرعا) أقول : فكيف سوغ للقاضى تكليف الإتيان بما هو منتهى عنه شرعا ، ولعل ذلك البعض يقول انتهى تزجى .

قال (ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى عليه السلام ، والنصرانى بالله الذى أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام) لقوله عليه الصلاة والسلام لابن صوريا الأعور « أشدك بالله الذى أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا فى كتابكم هذا » ولأن اليهودى يعتقد نبوة موسى والنصرانى نبوة عيسى عليهما السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه (و) يستحلف (الجهمى) بالله الذى خلق النار) وهكذا ذكر محمد رحمه الله فى الأصل . ويروى عن أبى حنيفة رحمه الله فى النوادر أنه لا يستحلف أحدا إلا بالله خالصا . وذكر الخصاص رحمه الله أنه لا يستحلف غير اليهودى والنصرانى إلا بالله ، وهو اختيار بعض مشايخنا لأن فى ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما يبنى أن تعظم ، بخلاف الكتابين لأن كتب الله معظمة (والوثنى لا يحلف إلا بالله) لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى ، قال الله تعالى - ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله - قال (ولا يحلفون فى بيوت عبادتهم) لأن القاضى لا يحضرها

ترتب فائدة الاستحلاف وهو القضاء بالنكول على عدم جواز الاستحلاف فى الأشياء المذكورة عنده فتأمل (قال) أى القدورى فى مختصره (ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى ، والنصرانى بالله الذى أنزل الإنجيل على عيسى لقوله) أى نقول نبينا (صلى الله عليه وسلم لابن صوريا الأعور) وفى المغرب : ابن صوريا بالقصر اسم أعجمى (أشدك بالله الذى أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا فى كتابكم هذا) أى التحميم ، هذا الحديث أخرجه مسلم فى الحدود مسندا إلى البراء ابن عازب رضى الله عنه قال « مررتنى عليه الصلاة والسلام بيوى عمم ، فدعاهم فقال : هكذا تجنون حد الزنا فى كتابكم ؟ قالوا نعم ، فدعا رجلا فقال : نشدتك الله الذى أنزل التوراة على موسى عليه السلام هكذا تجنون حد الزنا فى كتابكم ؟ قال : اللهم لا ، فلو أنك نشدتنى بهذا لم تخبرك ، حد الزنا فى كتابنا الرجم ، ولكنه كثر فى أشرافنا فكتنا إذا أخذنا الرجل الشريف تركناه وإذا أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحد قلنا : تعالوا لنجتمع على شيء نقيم على الشريف والوضيع ، فلجئنا على التحميم والجلاد وتركنا الرجم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اللهم إني أركب من أحيا أمرك إذ أمانوه ، فأمر به فرجم » وقال شراحه : وهذا الرجل هو عبد الله بن صوريا ، وقد صرح باسمه فى سنن أبى داود عن سعيد بن قتادة عن عكرمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له : يبنى لابن صوريا ، الحديث . وهذا مرسل (ولأن اليهودى يعتقد نبوة موسى والنصرانى نبوة عيسى) أى يعتقد نبوة عيسى عليه السلام (فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه) ليكون رادعا له من الإقدام على البين الكاذبة (ويحلف الجهمى بالله الذى خلق النار ، هكذا ذكر محمد فى الأصل) وذلك لأن الجهمى يعتقد الحرمة فى النار فيمتنع عن البين الكاذبة فيحصل المقصود (ويروى عن أبى حنيفة أنه لا يستحلف أحد إلا بالله خالصا) تفاديا عن تشريك الغير معه فى التعظيم (وذكر الخصاص أنه لا يستحلف غير اليهودى والنصرانى إلا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا ، لأن فى ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما يبنى أن تعظم) لأن التارك تغيرها من الخلقا ، فكنا لا يستحلف المسلم بالله الذى خلق الشمس ، فكذلك لا يستحلف الجهمى بالله الذى خلق النار . وفى المبسوط : وكأنه وقع عند محمد أنهم يعظمون النار تعظيم العبادة ، فلمقصود النكول قال : تذكر النار فى البين انتهى (بخلاف الكتابين) أى التوراة والإنجيل (لأن كتب الله معظمة) فجاز أن تذكر مع اسم الله تعالى (والوثنى لا يحلف إلا بالله ، لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى ، قال الله تعالى - ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله -) لا يقال : لو كانوا يعتقدون الله تعالى لم يعبئوا الأوثان ، لأننا نقول : إنما يعبئون تقربا إلى الله تعالى على زعمهم ، ألا يرى إلى قوله تعالى حكاية عنهم - ما نعبدهم إلا ليقربونا إلى الله زلفى - وإذا ثبت أنهم يعتقدون الله تعالى يمتنعون على الإقدام على البين الكاذبة بالله تعالى فتحصل الفائدة المطلوبة من البين وهى النكول (قال) أى القدورى فى مختصره (ولا يحلفون فى بيوت عبادتهم لأن القاضى لا يحضرها) أى لا يحضر بيوت عبادتهم للخرج

موسى أن حكم الزنى فى كتابكم هذا ؟ وذلك دليل على جواز تحليف اليهودى بذلك

بل هو ممنوع عن ذلك . قال (ولا يجب تغليظ العين على المسلم بزمان ولا مكان) لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك ، وفي إيجاب ذلك حرج على القاضى حيث يكلف حضورها وهو مدفوع . قال (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فمجدد استحلّف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلّف بالله ما بيعت) لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه (ويستحلّف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت) لأنه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع (وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال)

(بل هو ممنوع عن ذلك) لأن فيه تعظيم ذلك المكان ، والحلف يقع بالله تعالى لا بالمكان ، ففي أى مكان حلفه جاز . وفي الأجتناس قال في المأخوذ لأحسن : وإن سأل المدعى القاضى أن يبعث به إلى بيعة أو كنيسة فيحلفه هناك فلا بأس أن يفعله إذا اتهمه ، كذا في غاية البيان (قال) أى القنورى في مختصره (ولا يجب تغليظ العين على المسلم بزمان ولا مكان لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك) أى بدون تعيين الزمان والمكان (وفي إيجاب ذلك حرج على القاضى حيث يكلف حضورها) أى حضور الأزمان المينة والأماكن المخصوصة (وهو مدفوع) أى الحرج مدفوع بالنص . وقال الشافعى : إذا كانت العين في قسامة أو في لعان أو في مال عظيم فلأنها تختص بمكان ، إن كان بمكة فيبين الركن والمقام . وإن كان بالمدينة فعند قبر النبي عليه الصلاة والسلام . وفي بيت المقدس عند الصخرة ، وفي سائر البلاد في الجوامع ، وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر ، كذا في النهاية نقل عن المسوط وشرح الأقطعي (قال) أى القنورى في مختصره (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فمجدد استحلّف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلّف بالله ما بيعت) يعنى يستحلّف على الحاصل دون السبب . واعلم أن هذا نوع آخر من كيفية العين وهو العين على الحاصل أو السبب ، والغالب في ذلك أن السبب ، إما إن كان مما يرتفع برفع أولا ، فإن كان الثاني فاستحلّف على السبب بالإجماع ، وإن كان الأول فإن تضرّر المدعى بالتحليف على الحاصل فكذلك ، وإن لم يتضرر يحلف على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وعلى السبب عند أبي يوسف رحمه الله إلا إذا عرض المدعى عليه برفع السبب وسيظهر الكل من الكتاب . قال المصنف في تعليل المسئلة المذكورة (لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه) من الإقالة : أى ثم تطرأ عليه الإقالة فلا يبقى البيع على حاله ، فلو استحلّف المدعى عليه على السبب الذى هو البيع هاهنا لتضرر به فاستحلّف على الحاصل دفعا للضرر عنه (ويستحلّف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده) أى ردّ المدعى (ولا يحلف بالله ما غصبت) هذا أيضا من قول القنورى في مختصره . قال المصنف في تعليله (لأنه قد يغصب) أى قد يغصب الشيء (ثم يفسخ) أى يفسخ الغصب (بالهبة والبيع) فلو حلف المدعى عليه على السبب الذى هو الغصب هاهنا لتضرر به فيحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه (وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال) وهذا أيضا من قول القنورى . وقال صاحب النهاية وأكثر الشراح : هذا على قولهما لما أن الاشتحلاف في النكاح قولهما : أقول : الأول أن يقال هذا على قول محمد ، لأن الاشتحلاف في النكاح مطلقا ، وإن كان يجرى على قولهما مما إلا أن الاشتحلاف فيه على الوجه المذكور وهو الاشتحلاف على الحاصل إنما يجرى على قول محمد فقط ، إذ الاشتحلاف فيه على قول أبي يوسف إنما هو على السبب كما يتأدى عليه قول المصنف فيما سبأني ، أما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب . ثم سيقول المصنف هناك أيضا إلا إذا عرض

(ولا يجب تغليظ العين على المسلم بزمان ولا مكان ، لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي إيجاب حرج على القاضى بحضوره وهو مدفوع) وقال الشافعى : إذا كانت العين في قسامة أو لعان أو في مال عظيم فإن كان بمكة فيبين الركن والمقام ، وإن كان بالمدينة فعند قبر النبي صلى الله عليه وسلم ، وفي بيت المقدس عند الصخرة ، وفي سائر البلاد في الجوامع ، وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر ، وفيه ما مر من الحرج على الحاكم . قال (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فمجدد الخ) هذا نوع آخر من كيفية

(قوله وفي إيجاب حرج على القاضى بحضوره) أقول : لبيان السببية ، والتفسير في قوله وفي إيجاب راجع إلى تغليظ العين .

لأنه قد بطراً عليه الخلع (وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها) لأن النكاح قد يحدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه ، لأنه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وجمهما الله . أما على قول أبي يوسف رحمه الله يحلف في جميع ذلك

بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل ، لكن الكلام هنا في الاستحلاف على الحاصل مطلقاً سواء عرض أولم يعرض بذلك عليه قطعاً بيان الخلاف فيه بقوله وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وجمهما الله ، أما على قول أبي يوسف الخ لا خلاف في صورة التعريض . قال المصنف في التعليل (لأنه قد بطراً عليه الخلع) أي يطرأ على النكاح الخلع ، فلو حلف على السبب الذي هو أصل النكاح هانئا لتضرر به فحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه (وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها) وهذا أيضاً من قول القدوري ، فكأنه زاد ذكر دعوى في هذه المسئلة التي هي أخرى المسائل المتناسبة المذكورة هانئا إلى أنها معتبرة في المسائل السابقة أيضاً ، إلا أنها تركت فيها اعتداداً على انفهامها بموتة المقام ، قال المصنف في تعليل هذه المسئلة (لأن النكاح قد يحدد بعد الإبانة) وفرغ على جملة ما ذكره في تلك المسائل قوله (فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لأنه لو حلف على السبب لتضرر المدعى عليه) على ما مر تقريره (وهذا قول أبي حنيفة ومحمد) أي التحليف على الحاصل في الوجوه المذكورة قولهما . قال بعض العلماء : هانئنا كلام وهو أنه لا يحلف في النكاح عند أبي حنيفة فلا يكون التجليب فيه على الحاصل عنده كما لا يخفى انتهى . أقول : هذا ظاهر ، ولكن الظاهر أيضاً أن يحمل كلام المصنف هذا على التجليب : أي تغليب حكم سائر الوجوه على حكم وجه النكاح اعتداداً على ظهور عدم جريان الاستحلاف في النكاح بما مر . ثم إن بعض الفضلاء قصد توجيه الكلام ودفع الاعتراض عن المقام حيث قال : أي التحليف على الحاصل قول أبي حنيفة ومحمد ، وليس معناه أن التحليف على الحاصل في جميع الأمور المذكورة قول أبي حنيفة حتى يعترض عليه بأنه يخالف لما سبق من أنه لا يحلف عند أبي حنيفة في النكاح انتهى . أقول : لا يخفى في ذى فطرة سليمة أن قول المصنف أمامي قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب يأتي أمثاله هذا القائل ، إذ قد صرح المصنف هانئنا بقطب الجميع تعيننا لكون الخلاف بين أبي يوسف وصاحبيه في جميع الوجوه المذكورة لاني كيفية التحليف في الجملة بتدبر (أما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك) أي في جميع ما ذكر

اليقين وهو الحلف على الحاصل أو السبب . والضابط في ذلك أن السبب ، إما أن كان ما يرتفع برافع أولاً ، فإن كان الثاني فالتحليف على السبب بالإجماع ، وإن كان الأول فإن تضرر المدعى بالتحليف على الحاصل فكذلك ، وإن لم يتضرر يحلف على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد ، وعلى السبب عند أبي يوسف إلا إذا عرض المدعى عليه برفع السبب مثل أن يقول عند قول القاضي تحلف بالله ما بنت أيا القاضى أن الإنسان قد يبيع شيئاً ثم يقال فيه فحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف على الحاصل . هذا هو الظاهر . ونقل عن شمس الأئمة الحلواني ما مر عنه بقوله وقيل ينظر في إنكار المدعى عليه ، فإن أنكر السبب يحلف عليه وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل ، فعلى الظاهر إذا ادعى العبد المسلم النكاح على مولاه وجدده المولى يحلف على السبب لعدم تكرره لأنه إنما يكون بتقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد ، وهو بالنسبة إلى المسلم ليس بممتصّر لأنه يقتل بالارتداد ، بخلاف العبد الكافر والأمة مطلقاً ، فإن الرقي يتكرر عليه بنقض العهد والحقاق وحليها بالردة والحقاق .

(قوله فإن كان الثاني فالتحليف على السبب بالإجماع) أقول : أي على ظاهر الرواية (قوله أيا القاضى) أقول : مقول يقول (قوله هذا هو الظاهر) أقول : أي ظاهر الرواية (قوله يحلف على السبب لعدم تكرره) أقول : وإن أنكر الحكم (قوله والأمة مطلقاً) أقول : أي كافر أو مسلمة (قوله وعليها بالردة والحقاق) أقول : إذا تكرر على المسلمة قبل الكافة أولاً ، فلا يرد أن هذا التعليل لا يناسب قوله مطلقاً (قال المصنف : وهذا قول أبي حنيفة ومحمد الخ) أقول : أي التحليف على الحاصل ، وليس معناه أن التحليف على الحاصل في جميع الأمور المذكورة قول أبي حنيفة حتى يعترض عليه بأنه يخالف لما سبق من أنه لا يحلف في النكاح عند ، ولو سلم فيجوز أن يكون بناسل قولهما كما في الزاوية فليقبل .

على السبب إلا إذا عرّض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل . وقيل ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب يحلف عليه ، وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل . فالحاصل هو الأصل عندهما إذا كان سببا يرتفع إلا إذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعى فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع ، وذلك أن تدعى ميتة نفقة العدة والزواج بمن لايراه ، أو ادعى شفعة بالجواري والمشتري لايراه ، لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعى ، وإن كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع (كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه) .

من الوجوه (على السبب إلا إذا عرّض بما ذكرناه أي إلا إذا عرض المدعى عليه بما ذكرناه من ارتفاع السبب . وصفة التعريض أن يقول المدعى عليه للقاضي أيمن عليه بالله ما بعث أبيا للقاضي أن الإنسان قد يبيع شيئا ثم يقبل فيه ، وعلى هذا باقى أصوات البيع فتدبر (فحينئذ يحلف على الحاصل) أي فحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف على حكم الشيء في الحال ، وصار العدول من أيمن على متعصى الدعوى حقا للمدعى عليه حين طالب به ، كذا في النهاية نقلا عن شرح الأقطع (وقيل ينظر إلى إنكار المدعى عليه) أي روى عنه أنه ينظر إلى إنكار المدعى عليه (إن أنكر السبب يحلف عليه ، وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل) وفي فتاوى قاضيخان : قال خمس الأئمة : هذا أحسن الأقاويل عندي وعليه أكثر القضاة . وفي الكافي : قال فخر الإسلام : يفوتني إلى رأى القاضي (فالحاصل هو الأصل عندهما) أي التحليف على الحاصل هو الأصل عندهما (إذا كان سببا) أي إذا كان سببا سببا (يرتفع برافع إلا إذا كان فيه) أي في التحليف على الحاصل (ترك النظر في جانب المدعى فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع ، وذلك) أي ما كان في التحليف على السبب فيه ترك النظر في جانب المدعى (مثل أن تدعى ميتة نفقة العدة والزواج بمن لايراه) أي لا يرى نفقة العدة للميتة (أو ادعى شفعة بالجواري والمشتري لايراه) بأن كان شافعا (لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعى) فإن قيل : في التحليف على السبب ضرر بالمدعى عليه أيضا بخلاف أن لا يشتري ولا شفعة له بأن سلم أو سكت عن الطلب . قلنا : القاضي لا يجيد بدا من إلحاق الضرر بأحدهما ، فكان مراعاة جانب المدعى أولى لأن السبب الموجب للحق وهو الشراء إذا ثبت يثبت الحق له ، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة فيجب التسلك بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض ، كذا ذكره الصمد الشهيد في أدب القاضي ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وإن كان سببا) أي إن كان سببا سببا (لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه) وجعل المولى فإنه يحلف على السبب باقة ما أحقه لأنه لا ضرورة إلى التحليف

وإذا ادعت الميتة نفقة والزواج بمن لايراه أو ادعى شفعة الجوار والمشتري لايراه يحلف على السبب ، لأنه لو حلف على الحاصل لصدق في يمينه في معتقده فيتضرر المدعى . فإن قيل : بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه بخلاف أن يكون قد اشترى وسلم الشفعة أو سكت عن الطلب وليس بأولى بالضرر من المدعى ؟ أجيب بأنه أولى بذلك لأن القاضي لا يجيد بد أن إلحاق الضرر بأحدهما والمدعى يدهى ما هو أصل لأن الشراء إذا ثبت يثبت الحق له ، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة فيجب التسلك بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض ، وإذا ادعى الطلاق أو النكاح أو البيع يحلف عندهما على الحاصل باقة ما هي بالثبوت الساعة وما يستحق عليك رده وما يتكاثر نكاح أو بيع قائم في الحال لأن السبب ، مما يتكرر فبالحلف عليه يتضرر المدعى عليه

(قال المصنف : فالتحليف على السبب بالإجماع) أقول : في باب أيمن من فتاوى قاضيخان ما يخالفه فرابيه وتبر في دفعه (قوله وإذا ادعت الميتة النفقة الخ) أقول : وفي الخاتمة في باب أيمن : امرأة ادعت على زوجها أنه طلقها بعد النكاح وعليه نفقة العدة فأنكر الزوج النفقة يحلف باقة ما عليه تسليم النفقة إليها إلا إذا عرّضت المرأة ففوتل إنه من أصحاب الحديث يزعم أنه لا نفقة للميتة . ولو حلف على الحاصل يحلف بناء على زعمه فيحلفه القاضي على السبب باقة ما طلقها بعد الدعوى انتهى . فأقول : لا يخفى عليك من مخالفة بين هذا والمذكور في الكتاب ، ويجوز أن يقال ما في مخالفة فيها إذا لم يعلم القاضي ملحق الزوج وما في الهداية والشروع فيها إذا لم يعلم كما يفهم من قوله

بِحِلَافِ الأَمةِ والعبدِ الكافر) لأنه يكرّر الرق عليها بالردة والحقا وعليه ينقض العهد والحقا ، ولا يكرّر على العبد المسلم . قال (ومن ورث عبدا وادّعاه آخر يستحلف على علمه) لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات (وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات) لوجود المطلق لليمين إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة .

على الحاصل ، إذ لا يجوز أن يعود رقيقا بعد الإصاحق ، كيف ولو تصوّر عود الرق فلما يتصور على تقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد ، ولا يمكن ذلك بالنسبة إلى العبد المسلم لأنه يقتل بالارتداد (بخلاف الأمة والعبد الكافر) حيث يحلف فيها على الحاصل : أى ما هو حرّ أو ما هو حرّ في الحال كلها في الكافي (لأنه يكرّر الرق عليها) أى على الأمة (بالردة والحقا) بدار الحرب والسبي (وعليه) أى ويكرّر الرق على العبد الكافر (بنقض العهد والحقا) بدار الحرب والسبي أيضا (ولا يكرّر على العبد المسلم) لما ذكرناه آنفا (قال) أى محمد في إجماع الصغير في كتاب القضاء (ومن ورث عبدا وادّعاه آخر) ولا بينه (استحلف) أى الوراث (هل علمه) أى بالله ما يعلم أن هذا عبد المذمى (لأنه لا علم له) أى لوراث (بما صنع المورث فلا يحلف على البتات) إذ لو حلفناه عليه لانتفع من اليمين مع كونه صادقا فيها فينقض به ، كلها في الكافي (وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات) يعنى إن وهب له عبدا أو اشتراه وادّعاه آخر ولا بينه لا يحلف على البتات (لوجود المطلق) أى المحجور (لليمين) أى لليمين على البتات (إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة) فإن قيل : بهذا التعليل لا يقع الفرق بين الإرث وغيره فإن الإرث أيضا سبب موضوع للملك شرعا كالهبة فكيف يستحلف فيه على العلم ؟ قلنا : إن معنى قوله الشراء سبب لثبوت الملك وضعا أن ذلك سبب يثبت الملك باختياريه المشتري ومباشرة ، ولولم يعلم المشتري أن العين التى

وعندنا بى يوسف يحلف على السبب . قال (ومن ورث عبدا وادّعاه آخر استحلف على علمه الخ) وهذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم أو البتات ، والمضابط في ذلك أن الدعوى إذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم ، وإن وقعت على فعل المذمى عليه كان على البتات ، ونوقض بالرد بالمعيب ، فإن المشتري إذا ادعى أن العبد سارق أو آبق وأثبت ذلك في يد نفسه وادّعاه في يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما آبق ماسرق مع أنه على فعل الغير ، وبالمورد إذا ادعى قبض صاحب الوديعة فإنه يحلف على البتات والقبض فعل الغير ، وبالكيل بالبائع إذا باع وسلم إلى المشتري ثم أقر أن الموكل قبض الثمن وأكذره الموكل يحلف الوكيل بالله ما قبض الموكل وهو فعل الغير ، وعن هذا ذهب بعضهم إلى أن التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا قال المذمى عليه لا علم لي بذلك ، فأما إذا قال في علمي بذلك حلف على البتات . وفي صور النقض يدعى العلم فكان الحلف على البتات ، وتخريجها على الأول أن في الرد بالمعيب ضمن البائع تسليم الجميع سليما عن العيوب ، فالتحليف يرجع إلى ما ضمن بنفسه ، وفي الباقي الحلف يرجع إلى فعل نفسه وهو التسليم لا إلى فعل غيره وهو القبض (وإذا ورث عبدا وادّعاه آخر استحلف على علمه ، لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات ، وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين ، إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة) فإن قيل : الإرث كذلك . أجب بأن معنى

والزوج من لا يراها (قوله يحلف على البتات الخ) أقول : انظر أن يحلف على الحاصل بالله ما عليك حق الرد فإن الحلف على السبب يتضرر البائع إذ قد يبرأ المشتري من المنيب (قوله وفي صورة النقض يدعى العلم الخ) أقول : غير مسلم في الرد بالمعيب (قال المصنف : لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات) أقول : قال القزويني أعذا من النهاية : ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالتكور ولا يسقط اليمين عنه ، وفي كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم ويقضى عليه إذا نكل لأن الحلف على البتات أكد فيعتبر مطلقا ، بخلاف المكس الهبى . فيه بحث ، أما أولا فلا يؤخذ قوله لا يقضى عليه بالتكور ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغي بل الدلائل أن يقضى بالتكور فإنه إذا نكل عن الحلف على العلم في الحلف على البتات أول ، والجراب المنع بخلاف أن يكون تكوره لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حلفا عن التكرار فليقبل ، وأما ثانيا فلا يؤخذ

اشترأه ملك البائع لمباشر الشراء اختياراً وكذا الموهوب له في قبول الحية، بخلاف الإرث فإنه يثبت الملك للوارث جبراً من غير اختياره ولا علم له بحال ملك المورث فذلك يحلف الوارث بالعلم والمشتري والموهوب له بالبات، كذا في الشروح. ثم اعلم أن هذا نوع آخر أيضاً من كيفية العين، وهو العين على العلم أو الباتات، والضايف في ذلك أن التحليف إن كان على فعل نفسه يكون على الباتات، وإن كان على فعل غيره يكون على العلم. فإن قيل: أتى يستقيم هذا. ولو ادعى عليه رجل إياك عبد قد باعه والمدعى عليه ينكر الإياك فإنه يحلف على الباتات مع أن الإياك فعل غيره؟ قلنا للمدعى يدعى عليه تسليم غير السلم عن العيب وهو ينكره، وأنه فعل نفسه، كذا في الكافي. قال الإمام الاسترغيني في الفصل الثالث من فصوله: وأما كيفية التحليف فنقول: إن وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من كل وجه بأن ادعى على رجل أنك سرقت هذا العين مني أو غصبت هذا العين مني يستحلف على الباتات، وإن وقعت الدعوى على فعل الغير من كل وجه يحلف على العلم، حتى لو ادعى ديناً على ميت بمحضرة وارثه بسبب الاستهلاك أو ادعى أن أباك سرق هذا العين مني أو غصب هذا العين مني يحلف على العلم، وهذا مذهبننا. قال خمس الأئمة الحلواني: هذا الأصل مستقيم في المسائل كلها أن التحليف على فعل الغير يكون على العلم إلا في الرد بالعيب يريد به أن المشتري إذا ادعى أن العبد سارق أو آبق وأثبت إيفاءه أوسرقت في يد نفسه وادعى أنه آبق أو سرق في يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على الباتات بالله ما آبق بالله مسروق في يدك، وهذا تحليف على فعل الغير، وهذا لأن البائع ضمن تسليم المبيع سليماً عن العيوب والتحليف يرجع إلى ما ضمن بنفسه فيكون على الباتات. وكان فخر الإسلام البزدوى يزيد على هذا الأصل حرفاً، وهو أن التحليف على فعل نفسه على الباتات وعلى فعل الغير على العلم، إلا إذا كان شيئاً يتصل به فيحلف على الباتات، خرج على هذا فصل الرد بالعيب لأن ذلك ما يتصل به، لأن تسليم العبد سليماً واجب على البائع، فإن وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من وجه وعلى فعل غيره من وجه بأن قال اشتريت مني استأجرت مني استعبرت مني، فإن هذه الأفعال فعله وفعل غيره فإنها تترجم باثنين، ففي هذه الصور يحلف على الباتات. وقد قيل: إن التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا قال الذي استحلف لأعلم بذلك، فأما إذا قال في علم بذلك يحلف على الباتات، الأثرى أن المودع إذا قال قبض صاحب الوديعة الوديعة مني فإنه يحلف المودع على الباتات، وكذا الوكيل بالبيع إذا باع وسلم إلى المشتري ثم أقر البائع أن الموكل قبض الثمن وجدد الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه، فإذا حلف برع المشتري ويحلف الوكيل على الباتات بأنه لقد قبض الموكل، وهذا تحليف على فعل الغير، ولكن الوكيل يدعى أن له علماً بذلك فإنه قال قبض الموكل فكان له علم بذلك فيحلف على الباتات، إلى هنا لفظ الفصول، كذا في غاية البيان. وذكر الإمام الملاشقي أن في كل موضع وجبت يمين على الباتات فحلف على العلم لا يكون معتبراً، وإذا نكل عن يمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول، ولو وجبت على العلم وحلف على الباتات سقط عنه الحلف على العلم، ولو نكل يقضى عليه لأن الحلف على الباتات أقوى، كذا في النهاية ومعراج النواية نقلاً عن الفصول. وقال بعض الفضلاء: قال الزبلي اشهدنا من النهاية: ثم في كل موضع وجبت يمين على الباتات فحلف على العلم لا يكون معتبراً حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط يمين عنه، وفي كل موضع وجبت يمين على الباتات فحلف على العلم فحلف على الباتات يعتبر يمين حتى يسقط عنه يمين على العلم، ويقضى عليه إذا نكل لأن الحلف على الباتات أكد فيعتبر مطلقاً، بخلاف العكس انتهى. وفيه بحث: أما أولاً فلائن قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط يمين عنه ليس كما ينبغي، بل اللائق أن يقضى بالنكول، فإنه إذا نكل عن الحلف على العلم في الحلف على الباتات أولى. وبالحجاب المتبحر لو أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة يمين على العلم فلا يحلف حذراً عن التكرار. وأما ثانياً فلائن قوله ويقضى عليه إذا نكل محل تأمل، فإنها إذا لم تجب عليه كيف يقضى عليه إذا نكل، إلى هنا كلام ذلك القائل. وأقول: بحثه الثاني متوجه في الظاهر، ولكنه ليس بمستقل يلزمه، بل قد سبق إليه بعض العلماء حيث

قوله لم يثبت لثبوت الملك سبب اختياري مباشره بنفسه فيعلم ما صنع .

قوله ويقضى عليه إذا نكل محل تأمل ، فإنها إذا لم تجب عليه كيف يقضى عليه إذا نكل ؟

قال (ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه أو صالحه منها على عشرة فهو جائز) وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه .

ذكر ما في النهاية وقال : وفيه كلام ، وهو أن الظاهر عدم الحكم بالتكول لعدم وجوب اليمين على البتات كما لا يخفى انتهى . وقد سبقهما إليه الإمام عماد الدين حيث قال في فصوله : ورأيت فيها كتبه من نسخة الحيط في فصل المترقات من أدب القاضي منه : في كل موضع وجب اليمين على البتات فحلفه القاضي على العلم لا يكون معتبرا ، وإذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك التكول ، ولو وجب على العلم فحلفه على البتات سقط عنه الحلف لأن البتات أقوى ، ولو نكل عنه يقضى عليه . قلت : وهذا الفرع مشكل انتهى . ولا يخفى أن مراده بهذا الفرع هو قوله ولو نكل عنه يقضى عليه وإن وجه إشكاله توجه ما ذكره . وأما بحث الأول وجوابه فنظور فيها : أما البحث فلأن اللازم من التكول من الحلف على العلم أن يفهم نكوله عن الحلف على البتات لو حلف عليه لا أن يتحقق التكول من الحلف على البتات بالفعل ، والذي من أسباب القضاء هو الثاني دون الأول كما لا يخفى . وأما الجواب فلأنه لو علم يمين كون نكوله لعلمه بعدم قلادة اليمين على العلم فالحكم أيضا ما ذكر ، ولا يجرى الجواز المذكور هناك ، على أنه لا وجه لقوله فلا يحلف حلرا عن التكرار ، إذا انحدر تكرر التحليف لا تكرار الحلف كما لا يخفى (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير في كتاب القضاء (ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه) أي افتدى الآخر عن يمينه (أو صالحه منها) أي صالح الآخر المدعى من اليمين (على عشرة دراهم مثلا فهو) أي الافتداء أو الصلح (جائز) فالافتداء قد يكون بمال هو مثل المدي ، وقد يكون بمال هو أقل من المدي . وأما الصلح من اليمين فلما يكون على مال أقل من المدي في الغالب لأن الصلح ينفي عن الحطيطة ، وكلاهما مشروع ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وهو) أي الافتداء من اليمين (مأثور عن عثمان رضي الله عنه) قال صاحب العناية : ولفظ الكتاب يشير إلى أنه كان مدي عليه . ذكر في القوائد الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهما فأعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف ، فقيل ألا تحلف وأنت صادق ؟ فقال : أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة ، وذكر أن المقداد بن الأسود استقرض من عثمان رضي الله عنهما سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف ، فترافعا إلى عمر رضي الله عنه في خلافته ، فقال المقداد : ليحلف يا أمير المؤمنين أن الأمر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف ، فقال عمر لمثان : أنصفك المقداد احلف إنها كما تقول وخلعها ، فلم يحلف عثمان رضي الله عنه ، فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضي الله عنهما إنها كانت سبعة آلاف ، قال : فما منعك أن تحلف

(قال : ومن ادعى على آخر مالا الخ) ومن افتدى عن يمينه أو صالح منها على شيء مثل المال المدي به أو أقل جاز وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه ، ولفظ الكتاب يشير إلى أنه كان مدي عليه . وذكر في القوائد الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهما فأعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف ، فقيل ألا تحلف وأنت صادق ؟ فقال : أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة . وذكر أن المقداد بن الأسود استقرض من عثمان رضي الله عنه سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف ، فترافعا إلى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد : ليحلف يا أمير المؤمنين أن الأمر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لمثان : أنصفك المقداد احلف أنها كما تقول وخلعها فلم يحلف عثمان ، فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر : إنها كانت سبعة آلاف قال فما منعك أن تحلف وقد جعل ذلك ؟ إليك ؟ فقال عثمان عند ذلك ما قاله . فيكون دليلا للشافعي على جواز رد اليمين على المدي . والجواب أنه كان يدعي الإيفاء على عثمان .

(قوله قال عثمان لعمر : إنها كانت سبعة آلاف) أقول : فيه نظر ، فإنه إذا قضاه أربعة آلاف كيف قال عثمان رضي الله عنه إنما كانت سبعة آلاف ، ثم إن القصة ليست بما نحن فيه . إذ ليس فيها إلا التكول لا الافتداء والصلح .

(وليس له أن يستحلفه على تلك التمين أبداً) لأنه أسقط حقه ، والله أعلم .

وقد جعل ذلك إليك ؟ فقال عثمان رضي الله عنه عند ذلك ما قاله . فيكون دليلاً للشافعي على جواز رد التمين على المدعي . والجواب أنه كان يدعي الإيفاء على عثمان رضي الله عنه وبه تقول انتهى . وقال بعض الفضلاء : فيه نظر ، فإن المقداد رضي الله عنه إذا قضاه أربعة آلاف كيف قال عثمان رضي الله عنه إنها كانت سبعة آلاف ، ثم إن قصة المقداد ليست مما نحن بصدده ، إذ ليس فيها إلا النكول لا الانتداء والصلح انتهى . وأقول : نظره ساقط بشقيه ، أما شقه الأول فلأن معنى قول عثمان رضي الله عنه إنها كانت سبعة آلاف ، أنها كانت في الأصل سبعة آلاف كما يرشد إليه لفظ كانت ، لا أن الباقي في ذمته الآن سبعة آلاف . ولا يخفى أن قضاء أربعة آلاف إنما ينال الأول دون الثاني . فإن قلت : يشكل حينئذ قوله . والجواب أنه كان يدعي الإيفاء على عثمان رضي الله عنه إذ النزاع حينئذ يكون في الإيفاء والقبض دون مقداره أصل القرض كما ذكرته . قلت : المراد به أنه كان يدعي إيفاء تمام الدين وهو أربعة آلاف درهم على عثمان رضي الله عنه وهو ينكر ذلك ويقول : بل أوفيت البعض منه وهو أربعة آلاف وبقي البعض منه في ذمتك وهو ثلاثة آلاف ، فحينئذ يكون النزاع في الإيفاء فرع النزاع في أصل مقدار القرض ، فتسلم القصة من تعارض طرفيها كما توجه الناظر ، ويخرج الجواب عما قاله الشافعي . وأما شقه الثاني فلأنه لم يدع أحد أن القصة مما نحن بصدده ، بل صرحوا بأن عثمان رضي الله عنه كان مدعياً في هذه القصة فصالح أن يتخلله الشافعي دليلاً على ملحه وهو جواز رد التمين على المدعي ، وإن أمكن الجواب عنه من قبلنا ، وإنما كان مدعي عليه ومفتدياً عن يمينه بما لا في رواية المذكورة في القوائد الظهيرية ، والمقصود التنبيه على أن قول المصنف وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه إنما يتم على رواية بعض الكتب دون رواية بعضها ، وقد أشار إليه صاحب العناية حيث قال أولاً : ولفظ الكتاب يشير إلى أنه كان مدعياً عليه فلذكر ما ذكر في القوائد الظهيرية ، ثم نقل هذه القصة فقال : فيكون دليلاً للشافعي على جواز رد التمين على المدعي . وأعلم أن صاحب النهاية : قد أوضح المرام بتفصيل الكلام في هذا المقام فقال : قد اختلفت روايات الكتاب في أن عثمان رضي الله عنه كان مدعياً عليه في ذلك أو مدعياً ، ففي الفتاوى الظهيرية أنه ادعى عليه أربعين درهما فأعطى شيئاً والتدى يمينه ولم يحلف ، تقبل : ألا تحلف وأنت صادق ؟ قال : أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة . وذكر في الباب الأول من دعوى المبسوط في احتجاج الشافعي في مسألة رد التمين على المدعي أن عثمان رضي الله عنه كان مدعياً فقال : وحجته في رد التمين على المدعي ما روى أن عثمان ادعى مالا على المقداد بين يدي عمر رضي الله عنهم ، إلى أن قال : ليحلف بل عثمان . وذكر الإمام المصنف في تمام القصة فقال : روى أن المقداد بن الأسود استقرض من عثمان رضي الله عنهما سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف . فترافعا إلى عمر رضي الله عنه في خلافته ، فقال المقداد : ليحلف يا أمير المؤمنين أن الأمر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف . فقال عمر لمعثان : أنصفك المقداد لتحلف أنها كما تقول وخطها ، فلم يحلف عثمان ، فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر : إنها كانت سبعة آلاف ، قال : فما منك أن تحلف وقد جعل ذلك إليك ؟ فقال عثمان عند ذلك ما قاله . ثم قال في المبسوط : وتأويل حديث المقداد أنه ادعى الإيفاء على عثمان رضي الله عنه وبه نقول ، إلى هنا كلام صاحب النهاية (وليس له أن يستحلفه على تلك التمين) أي ليس للمدعي أن يستحلف المدعي عليه على تلك التمين التي اقتضى عنها أو صالح عنها على مال (أبداً) أي في وقت من الأوقات (لأنه أسقط حقه) أي لأن المدعي أسقط حقه في يمين المدعي عليه بالانتداء أو الصلح ، بخلاف ما لو اشترى يمينه بمشرة دراهم لم يجبر ، وكان له أن يستحلفه لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال كذا في الشروح وسائر المجتررات .

وبه نقول . ثم لما بطل حقه في التمين في لفظ القضاء والصلح ليس له أن يستحلف بعد ذلك لأنه أسقط حقه ، بخلاف ما إذا اشترى يمينه بمشرة دراهم لم يجبر وكان له أن يستحلفه ، لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال .

(باب التحالف)

قال (وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما ثمنا وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه فأقام أحدهما البيعة قضى له بها) لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبيعة أقوى منها (وإن أقام كل واحد منهما بيعة كانت البيعة المثبتة للزيادة أولى) لأن البيئات للإثبات ولا تجارض في الزيادة (ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبيعة البائع أولى في الثمن وبيعة المشتري أولى في المبيع) نظرا إلى زيادة الإثبات .

(باب التحالف)

لما ذكر حكم يمين الواحد شرع في بيان حكم يمين الاثنين لأن الاثنين بعد الواحد طبعاً فراحه في الوضع ليناسب الوضع الطبع (قال أي القدوري في مختصره) وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما أي المشتري (ثمنا) بأن قال مثلاً اشتريته بمائة (وادعى البائع أكثر منه) بأن قال بته مائة وخمسين (أو اعترف البائع بقدر من المبيع) بأن قال مثلاً المبيع كرم من الحنطة (وادعى المشتري أكثر منه) بأن قال هو كزان من الحنطة . والحاصل إذا وقع الاختلاف بينهما في قدر الثمن كما في الصورة الأولى أو في قدر المبيع كما في الصورة الثانية (فأقام أحدهما البيعة قضى له بها) أي بالبيعة (لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبيعة أقوى منها) لأن البيعة توجب منه الحكم على القاضى ومجرد الدعوى لا يوجب عليه (وإن أقام كل واحد منهما بيعة كانت البيعة المثبتة للزيادة أولى لأن البيئات للإثبات) أي وضعت في الشرع للإثبات فكل ما كان أكثر إثباتاً كان أولى (ولا تعارض في الزيادة) لأن البيعة المثبتة للأقل لا تتعرض للزيادة ، فكانت البيعة المثبتة للزيادة سالمة عن المعارض ، كذا في غاية البيان . قال تاج الشريعة : فإن قلت : البيعة التي تثبت الأقل تنفي الزيادة لأنها تثبت أن كل الثمن هذا القدر . قلت : المثبتة للزيادة تنفيها قصداً وتلك لا تنفيها قصداً فكانت الأولى أولى لما قامت بينهما معارضة انتهى . أقول : جوابه هذا وإن كان صحيحاً في نفسه إلا أنه غير مطابق لظاهر تقرير المصنف ، فإن المفهوم منه انتفاء التعارض بين البيعتين في الزيادة ، والمفهوم من هذا الجواب تحقق التعارض بينهما في الزيادة مع رجحان البيعة المثبتة للزيادة على البيعة الثانية لما فاضل (ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً) بأن قال البائع مثلاً يبتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري يبتنيها وهذا العبد معها بمئتين ديناراً وأقاما بيعة (فبيعة البائع أولى في الثمن وبيعة المشتري أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الإثبات) فالجارية والعبد جميعاً للمشتري بمائة دينار في المثال المذكور .

(باب التحالف)

راعى الترتيب الطبيعي فأعترى يمين الاثنين عن يمين الواحد ليناسب الوضع الطبع (إذا اختلف المتبايعان في البيع) فادعى المشتري أنه اشتراه بمائة وادعى البائع أنه باعه بمائة وخمسين أو اعترف البائع بأن المبيع كرم من حنطة وقال المشتري هو كزان ، فن أقام البيعة قضى له بها ، لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبيعة أقوى منها لأنها توجب الحكم على القاضى ومجرد الدعوى لا يوجبها ، وإن أقام كل واحد منهما بيعة كانت البيعة المثبتة للزيادة أولى ، لأن البيئات للإثبات ولا تعارض بينهما في الزيادة

(باب التحالف)

(قال المصنف : لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى) أقول : ولو ظاهراً فلا يخالف ما سبق به أسطر ، لأن المشتري لا يمين شيئاً ، إذ المراد لا يمين أحدهما ممنوعاً وبه ينتفع ماعى يقال كيف تقبل بيعة المشتري بعد القبض وهو ليس بمبيع والبيعة على المبيع ، فإنه إذا أريد أنه ليس بمبيع حقيقة فسلم ولا يفيد لأنه تسع بيعة للمبيع سورة كما إذا ادعى المودع رد الدببة ، وإن أريد أنه ليس بمبيع أسلاً ولو صورة فغير مسلم . كما لا يخفى (قال المصنف : ولا تعارض في الزيادة) أقول : فيه جوابه لا يخفى .

(وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قبل للمشتري إما أن ترضى بالثمن الذي ادّعاه البائع وإلا فسخنا البيع ، وقيل للبائع إما أن تسلم ما ادّعاه المشتري من المبيع وإلا فسخنا البيع) لأن المقصود قطع المنازعة ، وهذه جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ فإذا علما به يراضيان به (فإن لم يراضيا استخلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر)

وقيل : هذا قول أبي حنيفة آخر ، وكان يقول أولا وهو قول زفر : يقضى للمشتري بمائة وخسة وعشرين دينارا ، ونظير هذه المسئلة في الإجازات ، كذا في الشروح . ثم المراد من قوله ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا : أى في قدرهما على ما ذكرنا في صورة المسئلة . وأما إذا اختلف في جنس الثمن وأقاما البينة فالبينة بينة من الاتفاق على قوله ، كما لو قال البائع بعثك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة يلزم البيع والعبد يتقبل بينة البائع دون حق المشتري ، لأن حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما ، وإنما الاختلاف في حق البائع لبينته على حقه أولى بالقبول ، ولأنه ثبتت بينته الحق لنفسه في العبد والمشتري ينفي ذلك والبيئات للإثبات لا للنفي ، كذا في النهاية نقلا عن الميسر . أقول : في التعليل الثاني بحث ، أما أولا فيالمعرضة فإن المشتري يثبت بينته الحق للبائع في مائة دينار والبائع ينفي ذلك ، والبيئات للإثبات لا للنفي فينبى أن تقبل بينة المشتري دون البائع . وأما ثانيا فيالتقص ، فإنه لو سلم هذا التعليل لأفاد عدم قبول بينة المشتري عند افتراءه بإقامة البينة أيضا ، إذ حينئذ ينفي المشتري أيضا بينته حق البائع فيما ادّعاه ، والبيئات للإثبات لا للنفي مع أن المسئلة هل أنه إذا أقام أحدهما البينة قضى له بها قطعا . وأما ثالثا فبالنقص ، فلما لا تسلم أن المشتري ينفي بينته ما يشته البائع بل هو يثبت بها ما يدعيه لنفسه وهو كون حق البائع في مائة دينار ويسكت عما يشته البائع وهو كون حقه في العبد ، فإن حصل مما يشته المشتري تقي ما يشته البائع فلما هو بالتبعية والنقص لا بالأصالة والتقص ، وذلك لا ينافي كون وضع البيئات للإثبات دون النفي (وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قبل للمشتري) أى يقول الحاكم للمشتري (إما أن ترضى بالثمن الذي ادّعاه البائع وإلا فسخنا البيع ، وقيل للبائع) أى ويقول للبائع (إما أن تسلم ما ادّعاه المشتري من المبيع وإلا فسخنا البيع ، أى المقصود من شرح الأسباب (قطع المنازعة) ودفع الخصومة (وهذا جهة فيه) أى القول المذكور بالبائع والمشتري جهة في قطع المنازعة (لأنه ربما لا يرضيان) أى المتبايعان (بالفسخ فإذا علما به) أى بالفسخ (يراضيان به) أى يمدى كل واحد منهما . أقول : نقائل أن يقول : كما أن ما ذكر جهة في قطع المنازعة كذلك عكس ذلك جهة فيه بأن يقال للبائع (إما أن ترضى بالثمن الذي ادّعاه المشتري وإلا فسخنا البيع ، وأن يقال للمشتري إما أن تقبل ما اعترف به البائع من المبيع وإلا فسخنا البيع . وبالجمله أن قطع المنازعة كما يمكن بأن يكلف مدعى الأقل بالرضا بالأكثر يمكن أيضا بعكسه ، وهو أن يكلف مدعى الأكثر بالرضا بالأقل ، فإا الرجحان في اختيارهم الجهة المذكورة دون عكسها فتأمل (فإن لم يراضيا استخلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر) قال صاحب النهاية

فتبها كان أكثر إثباتا . ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فقال البائع بعثك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعثتها وهذه معها بخمسين دينارا وأقام بينة فيبينة البائع أولى في الثمن وبينه المشتري أولى في المبيع نظرا إلى زيادة الإثبات وهما جميعا للمشتري بمائة دينار . وقيل هذا قول أبي حنيفة آخر ، وكان يقول أولا وهو قول زفر : يقضى بهما للمشتري بمائة وخسة وعشرين دينارا ، وإن كان الاختلاف في جنس الثمن كما لو قال البائع بعثك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة فهى من الاتفاق على قوله وهو البائع ، لأن حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما ، وإنما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه أولى بالقبول ، وإن لم يكن لهما بينة يقول الحاكم للمشتري (إما أن ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع وإلا فسخنا البيع ، ويقول البائع إما أن تسلم ما ادّعاه المشتري من المبيع وإلا فسخنا البيع ، لأن المقصود قطع المنازعة وهذه

(قال المصنف : وإن لم يكن لكل واحد منهما) أقول : أظهر حذف كلمة كل كما لاحظ (قال المصنف : وهذه جهة فيه) أقول : إنث اسم الإشارة بأخبار الخبر أو على تأويل القول بالقبالة .

وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس ، لأن البائع يدعى زيادة الثمن والمشتري ينكره ، والمشتري يدعى وجوب تسليم المبيع بما تقد والبائع ينكره . فكل واحد منهما منكر فيحصل : فأما بعد القبض فمخالف للقياس لأن المشتري لا يدعى شيئا لأن المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفى بحلفه .

في شرح قول المصنف فإن لم يتراضيا : أى بأن يعطى كل واحد ما يدعى صاحبه انتهى . أقول : فيه قصور ، لأن هذا لا يتصور إلا في الصورة الثالثة من الصور الثلاث المذكورة ، وهى ما إذا اختلفا في الثمن والمبيع جميعا دون الصورتين الأخريين ، إذ قد مر في الكتاب أن صورة الاختلاف في الثمن أن يدعى أحدهما ثمنًا ويدعى الآخر أكثر منه ، وأن صورة الاختلاف في المبيع أن يدعى أحدهما قدرًا من المبيع ويدعى الآخر أكثر منه ، فلو أعطى كل واحد ما يدعى صاحبه في هاتين الصورتين لزم إعطاء الثمنين معا أو إعطاء الميعين معا وهذا خلف . ولا يخفى أن ما ذكره المصنف هاهنا حكم عام للصور الثلاث جميعا فلا يناسبه التفسير المزبور . وقال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام : أى إن لم يتراض البائع والمشتري : يعنى لم يرض البائع بما ادعاه المشتري من المبيع ولم يرض المشتري بما ادعاه البائع من الثمن يستحلف القاضي كل واحد من البائع والمشتري على دعوى صاحبه انتهى . أقول : وفيه أيضا قصور ، لأن هذا أيضا لا يجرى إلا في الصورة الثالثة من تلك الصور الثلاث كما لا يخفى على ذى مسكة ، فلا يناسب ما ذكره المصنف هاهنا من الحكم العام للصور الثلاث كلها . وأما سائر الصراح فلم يترضوا هاهنا للشرح والبيان . فالحق عندى في شرح المقام أن يقال : أى إن لم يتراض البائع والمشتري على الزيادة سواء كانت مما يدعيه أحدهما كما في الصورة الأولى والصورة الثانية ، أو مما يدعيه كل واحد منهما كما في الصورة الثالثة استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر ، فيحذف يجرى معنى الكلام ولغوى المقام في كل صورة كما ترى (وهذا التحالف قبل القبض) أى قبل قبض المشتري السلمة . وكذا في العناية ومراج الدراية (حل وفاق القياس لأن البائع يدعى زيادة الثمن والمشتري ينكره) أى ينكر ما ادعاه البائع (والمشتري يدعى وجوب تسليم المبيع بما تقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحصل) لأن الميعين على المنكر بالمحدث المشهور (فأما بعد القبض فمخالف للقياس ، لأن المشتري لا يدعى شيئا لأن المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفى بحلفه) أى كان القياس أن يكتفى بحلفه . فإن قلت : إذا لم يدع المشتري شيئا فما بعد القبض ينهى أن لا تقبل بيته في هذه الصورة إذا أقامها ، لأن البيئة للمدعى مع أنه قال فيها قبل فأقام أحدهما البيئة نفى له بها . قلت : المراد أن المشتري لا يدعى شيئا ادعاه معنويا فيها بعد القبض ، وهذا لا يناق أن يكون المشتري مدعيا ادعاه صوريا في هذه الصورة ، وبيئة المدعى صورة تستمع على ما صرحوا به كما إذا ادعى المودع رد الوديعة على مامر . لا يقال : إن كان المشتري مدعيا صورة فيها بعد القبض يكون البائع منكرا لما ادعاه صورة فيصير التحالف هاهنا أيضا موافقا للقياس . لأننا نقول : لم يقل أحد بتحليف المنكر للصوري ، بل إنما الميعين لإدعاء على المنكر الحقيقي ، بخلاف المدعى الصوري لأن البيئة تستمع منه على ما ذكرنا . ولك أن تقول في الجواب عن أصل السؤال أن المشتري لا يدعى شيئا فيها بعد القبض وقبل بيته فيه لدفع الميعين عنه لا لكونه مدعيا ، وهذا أى قبول البيئة من غير المدعى لدفع الميعين كثير في مسائل الفقه يعرفه من يتتبع الكتب ، وهذا الوجه من

جهة فيه ، لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ ، فإذا علما به يتراضيان ، فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر ، وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس ، لأن البائع يدعى زيادة الثمن والمشتري ينكره ، والمشتري يدعى وجوب تسليم المبيع بما تقد والبائع ينكره ، فكل منهما منكر والميعين على من أنكر بالمحدث المشهور فيحلفان ، أما بعد القبض فعلى خلاف القياس لأن المشتري لا يدعى شيئا ، لأن المبيع سالم له في يده ، فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فكان القياس

(قال المصنف : لأن البائع يدعى زيادة الثمن والمشتري ينكره) أقول : ذكر الصغير الرابع إلى الزيادة لاكتساب التكبير من المضاف إليه أن لوجه آخر .

لكننا عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وتراداً » (ويبتدئ بيمين المشتري) وهذا قول محمد وأبي يوسف آخره . وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله ، وهو الصحيح لأن المشتري أشدهما إنكاراً لأنه يطالب أولاً باليمين

الجواب هو الأوفق لما رأيناه حقا في شرح مراد المصنف من كلامه المذكور في صدر كتاب الدعوى فتذكر . أقول : بقی هاهنا شيء ، وهو أنه إن أراد المصنف بكلمة هذا في قوله وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس الإشارة إلى ما في صورة الاختلاف في الثمن فقط من الصور الثلاث المذكورات كما هو الظاهر من اختصاص الدليل الذي ذكره بقوله لأن البائع يدعى زيادة الثمن الخ بتلك الصورة فلا يخلو الكلام عن الركافة لفظا ومعنى . أما الأول فلأن تلك الصورة أبعد الصور المذكورة ، فالإشارة إلى ما فيها بلفظ القريب بعيد . وأما الثاني فلأن الأصل المذكور : أنه كون التحالف قبل القبض على وفاق القياس وبعده على خلافه غير مخصوص بتلك الصورة ، بل هو جار أيضا في صورة الاختلاف في المبيع ، فإن المشتري يدعى فيها قبل قبض البائع الثمن زيادة المبيع والبائع ينكره ، والبائع يدعى وجوب تسليم الثمن بما اعترف من المبيع والمشتري ينكره فكل منهما منكر فيحلف . وأما بعد قبض البائع الثمن فلا يدعى على البائع شيئا لأن الثمن سالم له . ينادى المشتري في زيادة المبيع والبائع ينكره فيكتفي بحلفه . ولقد أصبح الإمام الزيلعي عن عدم اختصاصه بتلك الصورة حيث قال في التبيين : وهذا إذا كان قبل قبض أحد البديلين فظاهر وهو قياس ، وإن كان بعده لمخالفت للقياس لأن القابض منهما لا يدعى شيئا على صاحبه ، وإنما ينكر ما ادعاه الآخر انتهى . فإذا لم يكن الأصل المذكور مخصوصا بتلك الصورة لم يظهر لتخصيص الإشارة إلى ما فيها وجه ، وإن أراد بها الإشارة إلى جنس التحالف فلا يخلو المقام عن الركافة لفظا ومعنى أيضا . أما الأول فلأن لفظة هذا يصير حيفت زائدة لا موقع له في الظاهر . وأما الثاني فلأن الدليل الذي ذكره بقوله لأن البائع يدعى زيادة الثمن الخ يصير حينئذ أخص من المدعى . ثم اطمأن صاحب الكافي وكثيرا من الفقهاء تركوا كلمة هذا في بيان الأصل المذكور ، ولكنهم ذكروا أيضا في دليل مخالفة القياس بعد القبض ما يخص بصورة الاختلاف في الثمن فقط ، ويمكن توجيه الكل بعناية فامل (ولكننا عرفناه بالنص) استدراك من قوله فيكتفي بحلفه . يعني كان القياس في صورة الاختلاف بعد القبض أن يكتفي بحلف المشتري لكننا عرفنا التحالف بالنص (وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وتراداً ») قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : هذا الحديث مخالف للمشهور ، فإن لم يكن مشهورا فهو مرجوح ، وإن كان كذلك لعموم المشهور أو يتعارضان ولا ترجيح انتهى . أقول : في الجواب عنه قد تقرر في كتب الأصول أن عبارة النص ترجع على إشارة النص ، فحينئذ يكون هذا الحديث راجعا على الحديث المشهور ، لأن هذا الحديث يدل بعبارة على استحضار المدعى أيضا فيما نحن فيه . وأما الحديث المشهور فلا يدل بعبارة على عدم استحضار المدعى مطلقا ، بل إنما يدل عليه بإشارته حيث يفهم من تقسيم الحجة للحججين للحججيين أو من جعل جنس الأيمان على المنكرين كما بين فيما مر فهو إذن مرجوح (قال) أي القنوري في مختصره (ويبتدئ) أي القاضي (يمين المشتري) قال المصنف (وهذا قول محمد وأبي يوسف آخره ورواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح) استرازا عن القول الأول لأبي يوسف كما سيجيء (لأن المشتري أشدهما إنكاراً لأنه يطالب أولاً باليمين) فهو للبادئ بالإنتكار . قال صاحب العناية : وهذا يدل على تقدم الإنتكار دون شدته ، ولعله أراد بالشدّة التقدم وهو أنسب بالتمام ، لأنه لما تقدم في الإنتكار تقدم في الذي يترتب عليه انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن الظاهر أن مدار ما ذكره المصنف على كون البادئ أعظم لكونه منشأ للثاني أيضا فيكون أشد كما يكون أقدم ، ويجوز أيضا أن يكون مداره على أن المشتري لما كان مطالباً أولاً باليمين كان منكرا للشئتين أصل

الاكتفاء بحلفه لكننا عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وتراداً »

ولأنه يصح جعل فائدة النكول وهو إلزام الثمن ، ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن . وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولاً يبدأ بيمين البائع لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع » خصه بالذكر ، وأقل فائدته التقديم

الوجوب ووجوب الأداء في الحال فكان أشد إنكاراً ، وعند مدين المحملين الصحيحين لإجراء الكلام على الحقيقة كيف يجوز حل الأشد على الأقدم مجزاً مع عدم ظهور العلاقة بينهما (ولأنه يصح جعل فائدة النكول) أي بالابتداء بيمين المشتري (وهو) أي فائدة النكول إلزام الثمن ذكر الصمير الرجوع إلى الفائدة ، إما باعتبار الخبر (وهو (إلزام الثمن) أو بتأويل الفائدة بالنفع (ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن) لأن تسليم المبيع يؤخر إلى زمان استيفاء الثمن لأنه يقال له أمسك المبيع إلى أن تستوفى الثمن فكان تقديم ما يصح جعل فائدته أولى ، كذا في الكافي (وكان أبو يوسف يقول أولاً : يبدأ بيمين البائع) وذكر في المنتقى وفي جامع أبي الحسن أنه رواية عن أبي حنيفة (وهو قول زفر ، كذا في العناية وغيرها) لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع » وجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام (خصه بالذكر) أي خص البائع بالذكر حيث قال : فالقول ما قاله البائع (وأقل فائدته) أي فائدة الخصص (التقديم) يعني أنه عليه الصلاة والسلام جعل القول قول البائع ، وهذا بظاهره يقتضي الاكتفاء بيمينه ، فإذا كان لا يكتفي بيمينه فلا أقل من أن يبدأ بيمينه . وفي غايه البيان قال في شرح الألفج جواباً عن هذا الحديث : إنما خص البائع بالذكر لأن يمين المشتري معلومة لا تشكل لقوله عليه الصلاة والسلام « واليمين على من أنكر » فسكت صلى الله عليه وسلم عما تقدم بيانه وبين ما يشكل ولم يقدم بيانه انتهى . أقول : فيه نظر لأن قوله عليه الصلاة والسلام « واليمين على من أنكر » كما أنه دليل في حق المشتري دليل أيضاً في حق البائع ، فإنه قد مر أن كل واحد منهما ينكر في كل واحدة من الصور الثلاث المذكورة فيها إذا اختلفا قبل القبض وفيها إذا اختلفا بعد القبض . ففي صورة الاختلاف في الثمن بعد قبض المبيع المنكر هو المشتري ، وفي صورة الاختلاف في المبيع بعد قبض الثمن المنكر هو البائع ، فاستوى كل واحد من البائع والمشتري في الاندراج تحت قوله عليه الصلاة والسلام « واليمين على من أنكر » في أكثر الصور ، وعدم الاندراج تحت بعض الصور ، فلا فرق بينهما في إشكال اليمين وعدم إشكالها ، وتقدم البيان وعدم تقدمه فلم يتم إيجاب المذكور . ثم إن هذا الذي ذكر من لزوم الابتداء بيمين المشتري على القول الصحيح ، أو بيمين البائع على القول

وللقال أن يقول : هذا الحديث مخالف للمشهور ، فإن لم يكن مشهوراً فهو مرجوح ، وإن كان كذلك لعدم المشهور ، أو باعتبار ضان ولا ترجيح ويبدأ بيمين المشتري وهو قول محمد وأبي يوسف آخرها رواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح دون ما قال أبو يوسف إنه يبدأ بيمين البائع لأن المشتري أشدهما إنكاراً لكونه أول من يطالب بالثمن فهو البادئ بالإنكار ، وهذا يدل على تقدم الإنكار دون شدته ، ولعله أراد بالشدّة التقدم وهو الأنسب بالهضم ، لأنه لما تقدم في الإنكار تقدم في الذي يترتب عليه ، أو لأن فائدة النكول تصح جعل بالبداية به وهو إلزام الثمن ، ولو بدئ بيمين البائع تأخرت المطالبة بتسليم المبيع إلى زمن استيفاء الثمن . وكان أبو يوسف يقول أولاً يبدأ بيمين البائع وذكر في المنتقى وأبو الحسن أنه رواية عن أبي حنيفة ، وهو قول زفر لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع » (وجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام خصه بالذكر ، وأقل فائدته التقديم : يعني أنه عليه الصلاة والسلام جعل القول بيمينه ، وذلك يقتضي الاكتفاء بيمينه ، لكن لا يكتفي بها فلا أقل من الابتداء بها ، وإن كان القيد مقابضة أو صرفاً يبدأ القاضي بأيهما شاء لاستوثاقها . قال (صفة اليمين الخ) ذكر في الأصل صفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين . وقال في الإزادات : يحلف البائع بالله ما باعه

(قوله هذا الحديث مخالف للمشهور الخ) أقول : قال في النهاية : والحديث صحيح مشهور (قوله لعدم المشهور) أي : فيلزم المخلص ويصح بينهما ما يمكن على ما بين في الأصول ، وذلك يجعل المشهور على ما عدا اختلاف المتبايعين (قوله أو يتعارضان ولا ترجيح) أقول : فهو معقول به قطعا فيما عدا محل النزاع ، وهذا الحديث ليس كذلك (قال المصنف : وكان أبو يوسف ، إلى قوله : تقدمه) أقول : وقد مر قبل فصل التوكيل بشاره نفس القيد ما يمكن أن يكون جواباً عن التسلك بهذا الحديث .

(وإن كان بيع عين بعين أو ثمن بثمان بدأ القاضى بيمين أيها شاء) لاستوائهما (وصفة العين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين) وقال في الزيادات: يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفي تأكيداً، والأصح الاختصار على النفي لأن الأيمان على ذلك وضعت، دل عليه حديث القسامة « بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا ». قال (فإن حلفاً فسخ القاضى البيع بينهما) وهذا يدل على أنه لا يفسخ بنفس التحالف لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبيع بمجهول فيفسخه القاضى قطعاً للمنازعة. أو يقال إذا لم يثبت البذل يبيى بما بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد. قال (وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر) لأنه جعل باذلاً فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بشبوته.

الآخر إذا كان البيع بيع عين بثمان (وإن كان بيع عين بعين) وهو المسمى بالمقايضة (أو ثمن بثمان) أى بيع ثمن بثمان وهو المسمى بالصرف (بدأ القاضى بيمين أيها شاء) من البائع والمشتري (لاستوائهما) أى فى الإنكار وفى فائدة التناول (وصفة العين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين) كذا ذكره فى الأصل (وقال فى الزيادات: يحلف أى البائع) بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفي تأكيداً) قال المصنف (والأصح الاختصار على النفي لأن الأيمان على ذلك وضعت) أى على النفي وضعت لأجل الإثبات، كذا فى النهاية ومراجع الدراية (دل عليه حديث القسامة « بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا ») وقال صاحب العناية: وفيه نظر، لأن ذلك لا ينافى التأكيد انتهى. أقول: بل ينافيه، لأن وضع الأيمان لما كان مقصوراً على النفي كما يرشد إليه تفسيرنا المتقول عن النهاية ومراجع الدراية ودل عليه كلام المصنف حيث قال على ذلك وضعت، بتقديم على ذلك على وضعت دون تأخيرها عنه على ما هو حقه إفادة لقصر وضعها على النفي المشار إليه بذلك لم يمز إدراج الإثبات فى اليمين ولو بطريق التأكيد، وإلا يلزم الظلم للمنكر بإلزام الزائد على ما يجب عليه شرعاً، إذ لا شك أن الذى يجب عليه شرعاً ويكون حقا للمدعى إنما هو الإثبات بما وضعت له اليمين دون ما هو خارج عنه زائد عليه وهو الإثبات، فلا بد من الاختصار على النفي كما ذكر. وبعض الفضلاء يصدد الجواب عن النظر المزبور كلمات طويلة الدليل، جعلها بل كلها مدحوخ ومجروح، تركنا ذكرها وردها بحفاة التطويل بلا طائل (قال) أى القدورى فى مختصره (فإن حلفاً فسخ القاضى البيع بينهما) أى إن طلبا أو طلب أحدهما، كذا فى الكافى والشروح. قال المصنف (وهذا) أى الذى ذكره القدورى (يدل على أنه) أى البيع (لا يفسخ بنفس التحالف) وقال فى غاية البيان: وبه صرح فى كتاب الاستحالات لأبي حازم القاضى حيث قال: إذا تحالفا فسخ الحاكم البيع بينهما ولم يفسخ بالتحالف انتهى. وقال فى الكافى: وقيل يفسخ بنفس التحالف، والصحيح هو الأول انتهى (لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فبقى بيع مجهول) أى بى بيع بثمان مجهول، كذا فى الكافى والكفاية. أقول: هذا لا يمت فى صورة كون الاختلاف فى المبيع دون الثمن، فالأولى أن يكون مراد المصنف أهم من ذلك: أى بى بيع المجهول إما بمجهالة المبيع فيها إذا اختلفا فى المبيع، وإما بمجهالة الثمن فيها إذا اختلفا فى الثمن، وإما بمجهالة المبيع والثمن معا فيها إذا اختلفا فيما (يفسخه القاضى قطعاً للمنازعة) بينهما (أو يقال: إذا لم يثبت البذل) للتعاضد بين قوليهما (يبيى بما بلا بدل وهو فاسد، ولا بد من الفسخ فى فاسد البيع) أى البيع الفاسد وهما لا يفسخا فلا بد أن يقوم القاضى مقامهما. وفى المتوسط: حل للمشتري وطء إباحية إذا كانت المبيعة. فلو فسخ البيع بالتحالف لما حل للمشتري وطؤها. كذا فى الشروح (قال) أى القدورى فى مختصره (وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لأنه) أى التاكل (جعل باذلاً) لصحة البذل فى الأعراض (فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بشبوته) أى بشبوت ما ادعاه الآخر لعدم المعارضة. أقول: فى تقرير المصنف شيء، وهو أنه ساق الدليل على أصل أى حقيفة

بألف ولقد باعه بألفين، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف، يضم الإثبات إلى النفي تأكيداً، والأصح الاختصار على النفي لأن الأيمان وضعت للنفي كاليائات للإثبات، دل على ذلك حديث القسامة « بالله تعالى ما قتلتم ولا علمتم له

قال (وإن اختلفا في الأجل أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما) لأن هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به ،

فقط حيث قال : وجعل باذلا ، والنكول عندهما إقرار لا بذل كما مر ، فلا يمتنع ما ذكره على أصلهما مع أن مسئلتنا هذه انضائية بين اثنتا ، فكان الأحسن أن يقول : لأنه صار مقرا بما يدعيه الآخر أو باذلا كما قال صاحب الكافي والإمام الزجلي . ثم اعلم أن الإمام الزجلي زاد في شرح هذا المقام من الكثر قيذا أخر حيث قال فإلزامه إذا اتصل به القضاء . وقال وهو المراد بقول المصنف لزمه دعوى الآخر ، لأنه بدون اتصال القضاء به لا يوجب شيئا ، أما على اعتبار البذل فظاهر : وأما على اعتبار أنه إقرار فلأنه إقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (وإن اختلفا في الأجل) أي في أصله أو قدره ، كذا في الشروح (أو في شرط الخيار) أي في أصله أو قدره أيضا . كذا في معراج الدراية وغاية البيان (أوفى استيفاء بعض الثمن) وكذا الحكم فيما إذا اختلفا في استيفاء كل الثمن ، لكن لم يذكره المصنف لأن ذلك مفروغ عنه باعتبار أنه صار بمنزلة سائر الدعاوى ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (فلا تحالف بينهما) عندنا ، وبه قال أحمد . وقال زفر والشافعي ومالك : يتحالفان . ولو اختلفا في أصل البيع لم يتحالف بالإجماع ، كذا في معراج الدراية . ثم إن القول في مسائل الكتاب لمنكر الأجل ومنكر شرط الخيار ومنكر الاستيفاء ، وفي مسألة الاختلاف في أصل المبيع المنكر عند ذكر كلها هاهنا في الكافي وسيجيء بعضها في الكتاب . قال صاحب النهاية : وإذا اختلفا في الأجل في أصله أو في قدره أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البايع انتهى . وقال بعض الفضلاء : هذا ليس بسديد لأنه قد يكون القول قول المشتري إذا كان منكرا كما إذا كان مدعي الخيار هو البايع انتهى . أقول : هذا ظاهر ، ولكن الغالب أن صاحب العناية سلك هاهنا مسلك التعليل اعتمادا على ظهور هذه الصورة . قال المصنف في تعليل المسائل المذكورة (لأن هذا) أي الاختلاف في الأجل أو شرط الخيار أو استيفاء بعض الثمن (اختلاف في غير المعقود عليه) وهو المبيع (والمعقود به) وهو الثمن والاختلاف

قائلا : وفيه نظر لأن ذلك لا ينافي التأكيد ، فإن حلقا فسخ القاضى البيع بينهما إذا طلب أحدهما ، لأن الفسخ حقهما فلا بد من الطلب ، وهذا يدل على أنه لا يفسخ بنفس التحالف ، بل لا بد من الفسخ ، لأنه لما لم يثبت مدعى كل منهما بقى بيعا مجهولا فيفسخه الحاكم قطعا للمنازعة . أو يقال : إذا لم يثبت البذل بى بيما بلا بذل وهو فاسد وسيله الفسخ لما لم يفسخ كان قائما . قال في الميسر : حل للمشتري وطه الجارية إذا كانت المبيعة ، وإن نكل أحدهما عن البيين لزمه دعوى الآخر لأنه جعل باذلا لصحة البذل في الأغراض ، وإذا كان باذلا لم تبق دعواه معارضة لدعوى الآخر فلم يقل بيوت له عدم المعارض . قال (وإذا اختلفا في الأجل البيع) وإذا اختلفا في الأجل في أصله أو في قدره أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البايع . وقال زفر والشافعي : يتحالفان لأن الأجل جار مجرى الوصف ، فإن الثمن يزداد عند زيادة الأجل ، والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا . ولنا أن هذا الاختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به ، والاختلاف

(قوله وفيه نظر لأن ذلك لا ينافي التأكيد) أقول : والجواب أن أحوج الأشياء إلى التوكيد أمر الهم لمطم موقه وعلو قدره ، فإذا اقتصر في التحليل به على الثمن دل على ما ذكره دلالة واضحة ، ولولم فقول المصنف : والأمسح دون والصحيح لإجارة إليه فليتأمل ، فإنه يجوز أن يقال قوله ذلك إشارة إلى قوله لأن الإيمان وضمت لثنى الخ ، فإن الوضع للثنى لا ينافي التأكيد بالإثبات ، كأن أن الوضع للإثبات لا ينافي التأكيد بالثنى ، فإنه يقول الشاهد أهدأ أن فلانا مات وهذا وارثه ولا نعلم له وارثا غيره ، كذا في شرح الإثناني ، وفيه نظر ، فإن تعرضه لحديث التسمية وعدم الاكتفاء بالقياس على البيئات يدفع هذا الكلام مع أن قولهم لا نعلم له وارثا غيره في معنى الإثبات حيث يثبت به استحقاق الميراث له بجميع التركة (قوله وإذا اختلفا في الأجل في أصله أو في قدره) أقول : الضمير في أصله وفي قدره راجع إلى الأجل (قوله والقول قول البايع) أقول : ليس بسديد لأنه قد يكون القول قول المشتري إذا كان منكرا كما إذا كان مدعي الخيار هو البايع (قوله فإن الثمن يزداد عند زيادة الأجل البيع) أقول : فيصير الأجل كالردامة حيث يزداد عند الثمن بما فلا يرد أن الأجل على ما ذكره ، يكون كالقدر

فأشبه الاختلاف في الحط والإبراء ، وهذا لأن بانعدامه لا يحتل ما به قوام العقد ، بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن فلأن الثمن دين وهو يعرف بالوصف ، ولا كذلك الأجل لأنه ليس بوصف ، ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه (والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه) لأنهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمذكر العوارض .

في غيرهما لا يوجب التحالف لأن التحالف عرف بالنص ، والنص إنما ورد عند الاختلاف فيما يتم به العقد ، إذ قد حلق فيه وجوب التحالف باختلاف المتبايعين ، وهو اسم مشتق من البيع فيتملق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع ، والبيع إنما يثبت بالمبيع والثمن بالأجل وشرط الخيار واستيفاء الثمن ، وكأنه قيل : إذا اختلف المتبايعان في المبيع أو في الثمن تحالفا ، فالاختلاف فيما ذكر من الأجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن لم يكن في معنى المنصوص عليه فلم يلحق به ، هذا زبدة ما في الشروح والكافي هاتما (فأشبه الاختلاف في الحط) أي في الحط من الثمن (والإبراء) أي الإبراء عن الثمن ، ولا تحالفت في الاختلاف فيما ، بل القول قول من أنكر مع يمينه فكذلك في الاختلاف في الأمور المذكورة (وهذا) أي كون الاختلاف في الأمور المذكورة اختلافا في غير المقعود عليه والمعهود به . ويتوز أن يشار به إلى الأقرب : أي شبه الاختلاف في الأمور المذكورة للاختلاف في الحط والإبراء (لأن بانعدامه) أي بانعدام ما ذكر من الأجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن (لا يخلط) ما به قوام العقد ، لأن العقد بلا شرط وأجل جائز . فإذا اختلفا في الشرط أو في الأجل وحالقا لم يثبت ما ادعاه أحدهما فيثبت الثمن أو المثلن مجهولا ، وذلك يوجب الفساد . ووجه آخر وهو أن الاختلاف في الثمن أو المثلن يوجب الاختلاف في العقد ، ألا يرى أنه لو اختلف الشاهدان فشهد أحدهما بالبيع بألف درهم والآخر بالدنانير لا يقبل ، وإذا اختلفا في العقد كان كل منهما مدعيا ومنكرا . أما الاختلاف في الشرط والأجل فلا يوجب الاختلاف في العقد ، ألا ترى أنه لو شهد أحدهما أنه باعه بألف إلى شهر وشهد الآخر أنه باعه بألف يقضي بالعقد بألف حالة ، وكذا لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام وشهد الآخر أنه باعه ولم يذكر اختيار جازت الشهادة ، كذا في النهاية نقلها عن جامع الإمام قاضيخان (بخلاف الاختلاف في وصف الثمن) كالجودة والردامة (أو جنسه) كالدرهم والدنانير (حيث يكون) الاختلاف فيهما (بمنزلة الاختلاف في القدر) أي في قدر الثمن (في جريان التحالف لأن ذلك) أي الاختلاف في وصف الثمن (يرجع إلى نفس الثمن) أي إلى الاختلاف في نفس الثمن (فلأن الثمن دين وهو) أي الدين (يعرف بالوصف) فلما اختلفا في الوصف وهو معرف صار اختلافهما في المعروف وهو الثمن (ولا كذلك الأجل) أي ليس الاختلاف فيه بمنزلة الاختلاف في قدر الثمن (لأنه) أي الأجل (ليس بوصف) بل هو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط ، ونور هذا بقوله (ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه) أي بعد مضى الأجل ولو كان وصفا لثبته كذا في الكافي . قال في معراج الدراية : كذا قيل وفيه نوع . تأمل انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه لأنهما) أي الخيار والأجل (يثبتان بعارض الشرط) أي بشرط عارض على أصل العقد (والقول لمذكر العوارض) والحكم في استيفاء بعض الثمن كذلك ،

في غيرهما لا يوجب التحالف ، وهذا لأن التحالف ورد فيه النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والأجل وراء ذلك ، كشرط الخيار في أن العقد بعدمهما لا يخلط فلم يكن في معنى المنصوص عليه حتى يلحق به فصار كالاختلاف في الحط والإبراء عن الثمن ، بخلاف الاختلاف في وصف الثمن بالجودة والردامة وجنسه كالدرهم والدنانير حيث يكون الاختلاف فيهما كالاختلاف في قدره في جريان التحالف ، لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن لكونه ديناً وهو يعرف بالوصف ، بخلاف الأجل فإنه ليس بوصف ، ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف فهو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط ، وإذا لم يكونا

(قوله فيما يتم به العقد) أقول : يدل عليه عنوان المتبايعين (قوله والوصف لا يفارق الموصوف) أقول : مبي على الفرق بين الوصف والعارض

قال (فإن هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند أي حنيفة وأبي يوسف رجعهما الله والقول قول المشتري . وقال محمد رحمه الله : يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة المالك) وهو قول الشافعي رحمه الله ، وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على ردّه بالعيب . لهما أن كل واحد منهما يدعى غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وأنه يفيد دفع زيادة الثمن

لأن باندماه لا يخل ما به قوام العقد لبقاء ما يحصل ثمننا . كذا في العناية (قال) أي القدوري في مختصره (فإن هلك المبيع ثم اختلفا) أي فإن هلك المبيع بعد قبض المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن ، كذا في الشروح ، وعزاه في النهاية ومراجع الدراية إلى الميسوط (لم يتحالفا عند أي حنيفة وأبي يوسف والقول قول المشتري) أي مع يمينه (وقال محمد : يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة المالك وهو قول الشافعي ، وعلى هذا) أي على هذا الخلاف (إذا خرج المبيع عن ملكه) أي ملك المشتري (أو صار) أي المبيع (بحال لا يقدر على ردّه بالعيب) أي على ردّه بالعيب (يحدث عيب في يده (لهما) أي ل محمد والشافعي رجعهما الله (أن كل واحد منهما) أي من البائع والمشتري (يدعى غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره) فإن البيع يأنف غير البيع بالثمن ، ألا يرى أن شاهد البيع إذا اختلفا في مقدار الثمن لا تقبل الشهادة (وأنه يفيد دفع زيادة الثمن) اعلم أن حل هذه المقدمة وربطها بالمقام من مشكلات هذا الكتاب ، ولهذا كان للشرح هاهنا طرائق قددا ولم يأت أحد منهم بما يشق القليل . فقال صاحب النهاية : أي وأن التحالف يفيد إعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف ، فإن فائدة التين النكول ، وهذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال : ما فائدة التحليف على قول محمد بعد الهلاك مع عدم حكمة فإن حكم التحالف التراد واستحق التراد بالهلاك فلا فائدة في التحالف . فأجاب عنه وقال : بل فيه فائدة وهي دفع المشتري الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري فذلك يتحالفان . فإن قيل : هذا يحصل بتحليف المشتري حينئذ

وصفين ولا راجعين إليه كانا عارضين بواسطة الشرط ، والقول لمن ينكر العوارض ، والحكم باستيفاء بعض الثمن كذلك لأن باندماه لا يخل ما به قيام العقد لبقاء ما يحصل ثمننا ، ولو اختلفا في استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك ، لكنه لم يذكره لكونه مغرورا عنه باعتبار أنه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوى . وإذا اختلفا في مضي الأجل فالقول للمشتري ، لأن الأجل حقه وهو ينكر استيفاءه . قال (فإن هلك المبيع ثم اختلفا (الخ) فإن هلك المبيع في يد المشتري أو خرج عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على ردّه بالعيب ثم اختلفا لم يتحالفا عند أي حنيفة وأبي يوسف ، والقول قول المشتري . وقال محمد والشافعي : يتحالفان ، ويفسخ البيع على قيمة المالك لأن الدلائل الدالة على التحالف لا تفصل بين كون السلعة قائمة أو هالكة ، أما الدليل القلبي فوه قوله صلى الله عليه وسلم (إذا اختلف المتبايعان تحالفا وتراد) ولا يعارضه ما في الحديث الآخر من قوله (والسلعة قائمة) لأنه مذكور على سبيل التنبيه : أي تحالفا وإن كانت السلعة قائمة ، فإن عند ذلك تميز الصادق من الكاذب ، فتحكم قيمة السلعة في الحال متأت ، ولا كذلك بعد الهلاك ، فإذا جرى التحالف مع إمكان التمييز فمع عدمه أولى . وأما القلبي فما ذكره في الكتاب أن كل واحد منهما يدعى عقدا غير الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره فيتحالفان كما في حال قيام السلعة . فإن قيل : هذا قياس فاسد لأنه حال قيامها يفيد التراد ولا فائدة له بعد الهلاك . أجاب بقوله (فإنه) يعني التحالف (يفيد دفع زيادة الثمن) يعني أن التحالف يدفع من المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول ، وإذا حلف البائع انقضت الزيادة للدعاة فكان مفيدا ، كما إذا

(قوله والحكم باستيفاء) أقول : الظاهر في استيفاء (قوله بعض الثمن كذلك لأن باندماه (الخ) أقول : التفسير في قوله باندماه راجع إلى بعض الثمن (قوله لبقاء ما يحصل ثمننا (الخ) أقول : فيه غم يجوز دفعه بإرجاع ضمير اندماه إلى الاستيفاء (قوله ثم اختلفا لم يتحالفوا) أقول : يعني ثم اختلفا في قدر الثمن (قوله يفيد دفع زيادة الثمن (الخ) أقول : فإني قيل : دافع زيادة الثمن للمدعاة حلف المشتري ليس إلا قلنا : إذا حلف البائع بعد حلف المشتري يفسخ على القيمة ويدفع الزيادة للمدعاة (قوله بالنكول) أقول : أي بنكول المشتري ، وقوله بالنكول متصل بزيادة في قوله يدفع من المشتري زيادة الثمن (قوله وإذا حلف البائع) أقول : يعني بعد حلف المشتري .

فائدة تحليف البائع ؟ قلنا : لم يحصل تمام الفائدة بتحليف المشتري ، فإن المشتري إذا نكل يجب الثمن الذي ادعاه البائع ، والبائع إذا نكل يتدفع عن المشتري ما ادعاه البائع عليه من الزيادة فيتحالفان ، إلى هنا كلامه . وقد ائقنى أثره صاحب مراجع الدراية كما هو دأبه في أكثر النحال . أقول : فيه بحث ، أما أولا فلأنه لما غسر الدفع الواقع في كلام المصنف بالإعطاء على البائع أن يكون من دفع إليه لامن دفع عنه حيث قال : أى وإن التحالف يفيد إعطاء المشتري زيادة الثمن التى يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف وجعل مراد المصنف أن فائدة التحالف عند محمد هى إعطاء المشتري الزيادة التى يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري أنجه عليه السؤال الذى ذكره بقوله : فإن قيل بالضرورة ، ولم يدعها ما ذكره جوابا عنه أصلا ، لأنه إن أراد أنه لا تحصل تمام الفائدة التى حمل عليه مراد المصنف هاهنا بتحليف المشتري فليس بصحيح ، إذ لاشك أنه إذا حلف المشتري وحده ونكل عن الحلف يجب عليه إعطاؤه زيادة الثمن التى يدعيها البائع ، وإن أراد أنه لا يحصل تمام الفائدة الحقيقية بتحليف المشتري فلا يفيد شيئا في دفع السؤال لأن مورد ما حمل عليه مراد المصنف هاهنا . وأما ثانيا فلأنه إن أراد بقوله في الجواب والبائع إذا نكل البع أنه إذا نكل بعد نكول المشتري يتدفع عن المشتري ما ادعى عليه البائع من الزيادة فليس بصحيح ، إذ قد تقرر فيما مر أنه إذا نكل أحد المتعاقدين عن البعين لزمه دعوى الآخر ، فيعد نكول المشتري يلزمه دعوى البائع فلا يجوز تحليفه فكيف يتصور نكوله ، وإن أراد به أنه إذا نكل بعد حلف المشتري يتدفع عن المشتري ما ادعى عليه البائع فلا يبره على الزيادة يتجه عليه أن في هذه الصورة يتدفع عن المشتري ذلك بحلفه السابق فلا تأثير فيه لنكول البائع . وأيضا يتجه على مجموع الجواب أن الأمر الثاني وهو اندفاع الزيادة عن المشتري يحصل بتحليف المشتري إن حلف ، كما أن الأمر الأول وهو وجوب إعطاء الزيادة على المشتري يحصل بتحليفه إن نكل ، فيقام الفائدة الذى ذكره وهو أحد الأمرين لايستبعد يحصل بتحليف المشتري وحده فلم تظهر فائدة تحليف البائع قط . وقال صاحب الكفاية وتاج الشريعة : يعنى أن التحالف يفيد دفع زيادة الثمن عن المشتري عند نكول البائع فكان التحالف مفيدا انتهى . أقول : فيه أيضا بحث ، لأنهما حلا الدفع الواقع في كلام المصنف على معنى المنع حيث جعلنا من دفع عنه كما ترى ، واعتبرا ظهور الفائدة عند نكول البائع ، فينتج على ما ذهبنا إليه أن نكول البائع إنما يتصور بعد حلف المشتري لا بعد نكوله لما بيناه آتيا ، وعند حلف المشتري قد حصلت هذه الفائدة : أعنى دفع زيادة الثمن عن المشتري فإ الفائدة في تحليف البائع ونكوله بعد ذلك . وقال صاحب العناية : وإنه يعنى التحالف يفيد دفع زيادة الثمن : يعنى أن التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التى يدعيها البائع عليه بالنكول ، وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيدا انتهى . أقول : وفيه أيضا بحث لأنه جعل الدفع الواقع في كلام المصنف من دفع عنه كما ترى ، فالظاهر أن قوله بالنكول متعلق بقوله يدفع عن المشتري ، وأن مراده بالنكول نكول البائع دون نكول المشتري ، لأن الذى يقتضى دفع زيادة الثمن عن المشتري إنما هو نكول البائع ، وأما نكول المشتري فيقتضى دفعه زيادة الثمن بمعنى إعطائه إيها فلا يثول قوله : يعنى أن التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التى يدعيها البائع عليه بالنكول إلى ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة كما مر فإدعاء عليه ما يرد على ذلك ويزاد إشكال قوله وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة ، لأن مدلوله أن يكون اندفاع الزيادة المدعاة بحلف البائع ، ومدلول قوله السابق أن يكون اندفاعها بنكول البائع فيلزم أن يتحد حلف البائع ونكوله حكما وهذا ظاهر التصاد . فإن قلت : يجوز أن يكون معنى قوله اللاحق وإذا حلف البائع بعد حلف المشتري اندفعت الزيادة المدعاة بأن يفسخ البيع على قيمة المالك ، ومعنى قوله السابق إذا نكل البائع تندفع الزيادة المدعاة عن المشتري بأن يقضى بما ادعاه المشتري وهو أقل الثمنين لأن يفسخ البيع على قيمة المالك ، فاختلط حكم حلف البائع وحكم نكوله بهاتين الوجهتين وهو كاف . قلت : لا يعين أن يكون قيمة المالك أنقص مما ادعاه البائع ، بل يجوز أن تكون مساوية له بل تزيد منه ، فلا يلزم من فسخ البيع على قيمة المالك اندفاع

فَيُحَالِفَانِ ، كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة . ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لأنه سلم للمشتري ما يدينه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة ،

الزيادة المدعاة ، فلا يتم حمل معنى قوله اللاحق على ما ذكر . فإن قيل : يجوز أن تكون كلمة حلف في قوله وإذا حلف البائع الخ على صيغة المبنى للمفعول من التفضيل ، وأن يكون المعنى وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة : أي بتكول البائع لا يملكه فلا يلزم المحذور المذكور وهو اتحاد حكم حلف البائع وتكوله . قلنا : فينبغي أن يستدل بقوله اللاحق حصول هذا المعنى بعينه من قوله السابق كما لا يخفى . ثم إن بعض الفضلاء قصد حل كلام صاحب العناية هاهنا فقال في تفسير قوله بالتكول أي بتكول المشتري ، وقال وقوله بالتكول متعلق بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن . وقال في تفسير قوله وإذا حلف البائع : يعني بعد حلف المشتري ، وقال : فإن قيل : دافع زيادة الثمن المدعاة حلف المشتري ليس إلا . قلنا : إذا حلف البائع بعد حلف المشتري يفسخ على القيمة وتندفع الزيادة المدعاة انتهى . أقول : جملة ما ذكره ليست بشيء ، أما في تفسير قوله بالتكول بتكول المشتري وجعل قوله بالتكول متعلقا بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن فلائنه لا يكون للكلام حينئذ معنى معقول أصلا ، لأنه إن كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الكائنة : أي الثابتة في الواقع بتكول المشتري فلا وجه له لأن زيادة الثمن إن ثبتت في الواقع ثبتت بالمقد لا غير ، وإن كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الثابتة في علم القاضي بتكول المشتري فلا صحة له ، لأن زيادة الثمن إذا ثبتت في علم القاضي بتكول المشتري يجب على المشتري فكيف يدفعها التحالف عنه ، بل لا يتصور التحالف عند تكول المشتري أصلا على ما مر غير مرة . وأما قوله يعني بعد حلف المشتري فلورود السؤال الذي ذكره بقوله فإن قيل الخ عليه . وأما جوابه عن هذا السؤال فليست به ما ذكرناه إنما من أنه لا يلزم من فسق البيع على القيمة اندفاع الزيادة المدعاة بطراز أن تكون القيمة مساوية للزيادة المدعاة بل أزيد منها . وقال صاحب غاية البيان : قوله وإنه يفيد دفع زيادة الثمن : أي أن دعوى المشتري يفيد ذلك وتذكير الضمير بتأويل الإدعاء انتهى . أقول : وفيه أيضا بحث ، لأن دعوى المشتري لاقتيد دفع زيادة الثمن سواء كان المراد بالدفع معنى الإعطاء أو بمعنى المنع ، وإنما الذي يفيد دفعه بنية المشتري أو حلفه إن كان المراد بالدفع معنى المنع ، وتكوله إن كان المراد به معنى الإعطاء ، على أن الذي يقتضيه المقام بيان فائدة التحالف لا بيان فائدة دعوى المشتري ولا بيان فائدة تحليفه فقط ، فلو كان مراد المصنف ما ذكره فأت مقتضى المقام كما لا يخفى على ذوي الألفهام (فيتحالفان) هذا نتيجة الدليل المذكور (كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة) بأن ادعى أحدهما المقد بالدرهم والآخر بالدنانير فتحالفان ويلزم للمشتري رد القيمة (ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما أنه سلم للمشتري ما يدينه وقد ورد الشرع به) أي بالتحالف (في حال قيام السلعة) وهو قوله

اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى أحدهما المقد بالدرهم والآخر بالدنانير تحالفان ويلزم للمشتري رد القيمة . ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن الدليل النقل والعقل يفصل بينهما ، فالحاق أحدهما بالآخر جمع بين أمرين : حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فساد الوضع . أما الأول فلائنه صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » . ويجب التمييز على المشتري خاصة لأنه المنكر . في هذه الصورة ، بخلاف لقبول القبض كما تقدم ، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم « والسلامة قائمة » ولا معنى لما قيل إنه مذكور على سبيل التنبيه لأنه ليس بمعنى مقصود بل هو كالتأكيد ، والتأسيس أولى على أنه إما معطوف على الشرط أو حال فيكون مذكورا على سبيل الشرط . وأما الثاني فلائنه التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما سلم للمشتري ما يدينه ، وقد ورد الشرع به حال قيام السلعة لما ذكرنا فلا يعتد أي إلى غيره . فإن قيل : فليكن ملحقا بالدلالة . أجب بقوله والتحالف فيه : أي في حال القيام يفرض إلى التسخ فيتلغ به الضرر من كل واحد منهما برد رأس ماله بعينه إليه ، ولا كذلك بعد هلاكها ، ألا ترى أنه لا يفسخ بالإقالة والرد بالعيب فكلما بالتحالف فليس في معناه فيعطل الإلحاق بالدلالة أيضا

(قوله ولأبي حنيفة وأبي يوسف ، إلى قوله : بالتفريق بينهما) أقول : ألت خبير بأن الفاصل بينهما هو القياس على ما ذكره الدليل النقل (قوله وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام « والسلامة قائمة ») أقول فيه تأمل ، فإن الفصل لا يفي إلا بطريق المفهوم وهو ليس بحجة شرعية

والتحالف فيه يفضى إلى الفسخ، ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولأنه لا يباين بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود، وإنما يراعى من الفائدة ما يوجب العقد، وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجبات

صلى الله عليه وسلم، وإذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تماثلها وترادا، فلا يتعدى إلى حال هلاك السلعة. فإن قيل: فليكن حال هلاك السلعة ملحقا بحال قيام السلعة بالدلالة. أجب بقوله (والتحالف فيه) أى في حال قيام السلعة (يفضى إلى الفسخ) فينتفع به الضرر عن كل واحد منهما يرد رأس ماله بعينه إليه (ولا كذلك بعد هلاكها) أى بعد هلاك السلعة (لارتفاع العقد) أى بالهلاك، ألا يرى أنه لا يفسخ بالإقالة والرد بالعيب بعد هلاك السلعة، فكذا بالتحالف إذ الفسخ لا يرد إلا على ما ورد عليه العقد (فلم يكن في معناه) أى فلم يكن وقت هلاك السلعة في معنى وقت قيام السلعة فبطل الإخفاق أيضا (ولأنه لا يباين بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود) هذا جواب عن قول محمد والشافعي أن كل واحد منهما يدهى غير العقد الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكره: أى لا يباين باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه، سواء كان الأمر على ما زعم هو أو البائع، فلما ذكر السبب وصار بمنزلة اختلافهما في ألف وألفين بلا سبب فيكون العيب على منكر الألف الزائد، وهذا بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لأن البائع يدعي الدنانير والمشتري ينكر، والمشتري يدعي الشراء بالدرهم والبائع ينكر، وإنكاره صحيح لأن المبيع لا يسلم للمشتري إلا بثمن ولم يتفق على ثمن وهنا اتفاق على الألف وهو يكتفى للصحة، كذا قرر المقام في الكفاية ومراجع الدراية أخذوا من الكافي. وقال صاحب العناية في تقريره: قوله ولأنه لا يباين البيع جواب عن قولهما إن كل واحد منهما يدهى غير العقد الذى يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلم: أى سلمنا ذلك لكن لا يضرنا فيما نحن فيه، لأن اختلاف السبب إنما يعتبر إذا أفضى إلى التناكر وهاتنا ليس كذلك، لأن مقصود المشتري وهو تحك المبيع قد حصل بقبضه وتم هلاكه وليس يدعى على البائع شيئا ينكره ليجب عليه العيب. ثم قال: ونوقض بحال قيام السلعة وبما إذا اختلفا بيما وهية، فإن في كل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب. وأجب عن الأول بوثبه بالنص على خلاف القياس، وعن الثاني بأنه على الاختلاف، والمذكور في بعض الكتب قول محمد انتهى (وإنما يراعى من الفائدة ما يوجب العقد، وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته) هذا أيضا جواب عن قولهما وأنه يفيد دفع زيادة الثمن: يعنى أن المرامي من الفائدة ما يكون من موجبات العقد، وفائدة دفع زيادة الثمن ليست منها بل من موجبات النكول،

(قوله ولأنه لا يباين) جواب عن قولهما إن كل واحد منهما يدهى غير العقد الذى يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلم: أى سلمنا ذلك، لكن لا يضرنا فيما نحن فيه لأن اختلاف السبب إنما يعتبر إذا أفضى إلى التناكر، وهاتنا ليس كذلك لأن مقصود المشتري وهو تحك المبيع قد حصل بقبضه وتم هلاكه، وليس يدعى على البائع شيئا ينكره ليجب عليه العيب. ونوقض بحال قيام السلعة وبما إذا اختلفا بيما وهية، فإن في كل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب. وأجب عن الأول بوثبه بالنص على خلاف القياس، وعن الثاني بأنه على الاختلاف والمذكور في بعض الكتب قول محمد. وقوله (وإنما يراعى من الفائدة ما يوجب العقد، وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته) هذا أيضا جواب عن قولهما وأنه يفيد دفع زيادة الثمن: يعنى أن المرامي من الفائدة ما يكون من موجبات العقد، وما ذكرتم

فلا يلزم من إلحاق المذكور ضد الوضع (قوله ولا كذلك بعد هلاكها) أقول: يظهر أنه لا يعود إلى كل منهما رأس ماله (قوله أى سلمنا ذلك لكن لا يضرنا) أقول: قال العلامة الزيلعي في باب المراجعة: ولا معنى لقولهما: إن كل واحد منهما يدهى عقدا غير ما يدعيه الآخر، فإن العقد لا يفسخ باختلاف قدر الثمن من جنس واحد، ألا يرى أن الوكيل بالبيع يألف بيمينه بالثمن وأن المبيع يألف بصير بالثمن بالزيادة فأثمن وبضمانة بالخط انتهى. وفيه تأمل، فإن الوكيل بالبيع يألف بيمينه بالثمن بيمينه بيمينه، ولا يلزم منه اتحاد اليمين (قال المصنف: وإنما يراعى من الفائدة ما يوجب العقد) أقول: فيه تأمل (قوله ومعناه أن المرامي من الفائدة) أقول: فيه بحث، لأنه إن أراد أن المرامي من الفائدة التحالف لا يستقيم قوله لا يكون من موجبات العقد وهو ظاهر، وإن أراد أن المرامي من الفائدة

وهذا إذا كان الثمن ديناً ، فإن كان عيناً يتحالفان لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل المالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل . قال (وإن هلك أحد

وليس العيين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته فلا يترك بها ما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه . هذا زبدة ما في الشروح . واعترض عليه بعض الفضلاء بأن ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف ، غايته أنه يملكه بالقيمة فلا يلزم تركه موجب العقد به انتهى . أقول : مدار هذا الاعتراض على عدم فهم معنى المقام وزعم أن المراد بملك المبيع وقبضه ملك البائع المبيع وقبضه إياه ، وليس المراد به ذلك قطعاً ، إذ لاشك أن الذي من موجبات العقد هو ملك المشتري المبيع وقبضه إياه . وأما ملك البائع المبيع وقبضه إياه فمن موجبات الفسخ دون العقد ، وهذا مما لا ستره به . ثم إن قوله غايته أنه يملكه بالقيمة الخ كلام ساقط مع قطع النظر عن ذلك تأمل تقت . ثم إن صاحب العناية بعد شرح هذا المقام قال : وفيه نظر ، لأننا قد اعتبرنا حال قيام السعلة الترادّ فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد . والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس انتهى . واعترض بعض الفضلاء على الجواب بأن قال فيه تأمل فإنه قبل القبض على وفاق القياس انتهى . أقول : لم يعتبر الترادّ فائدة للتحالف إلا بعد القبض ، إذ الرد إنما يتصور بعد القبض فكان الجواب المزبور دافعاً للنظر المذكور . نعم لقال أن يقول : الظاهر أن التحالف قبل القبض فائدة ما ، فأى شيء اعتبر فائدة للتحالف قبل القبض لم يكن من موجبات العقد البتة ، لأن موجب التحالف فسخ العقد وحكم الفسخ يخالف حكم العقد قطعاً فينقض به قولهم وإنما يراعى من الفائدة ما يوجب العقد (وهذا) أى وهذا الذى ذكرناه من الاختلاف في التحالف عند صورة هلاك المبيع (إذا كان الثمن ديناً) أى ثابتاً في الذمة بأن كان من الدراهم أو الدينار أو المكيلات أو الموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة (فإن كان عيناً) أى فإن كان الثمن عيناً كالتوب والقرن ونحو ذلك بأن كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين (يتحالفان) أى بالاتفاق (لأن المبيع في أحد الجانبين قائم) فإن كل واحد من العوضين في بيع المقايضة مبيع وعمن ، ولا يضمن أحدهما للثمنية بدخول الباء كما تقرر في كتاب البيوع (فتوفر فائدة الفسخ) وهو الترادّ فيردّ قائم (ثم يردّ مثل المالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل) هذا إذا اختلفا في قدر البديل ، وإن اختلفا في كون البديل ديناً أو عيناً إن ادعى المشتري أنه كان عيناً يتحالفان عندهما ، وإن ادعى البائع أنه كان عيناً وادعى المشتري أنه كان ديناً لا يتحالفان فالقول قول المشتري ، كذا في الكفاية (قال) أى القسوري في مختصره (وإن هلك أحد

ليس منها فإنه من موجبات النكول ، والنكول من موجبات التحالف ، والتحالف ليس من موجبات العقد فلا يترك به ما هو من موجباته . وهو ما ذكرنا من ملك المبيع وقبضه ، وفيه نظر لأننا قد اعتبرنا حال قيام السعلة الترادّ فائدة للتحالف ، وليس التحالف من موجبات العقد . والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس (وهذا) أى هذا الاختلاف (إذا كان الثمن ديناً) ثابتاً في الذمة كالدراهم والدينار والمكيلات والموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة (فأما إذا كان عيناً) بأن كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين ، فلهما (يتحالفان لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ) وهو الترادّ (ثم يردّ مثل المالك إن كان مثلياً أو قيمته إن لم يكن) قال (وإن هلك أحد

للعقد فليس الكلام فيه بل في فائدة التحالف ليعامل . وجوابه أنا فنثار الأول وعدم استقامة ذلك متوع (قوله فله من موجبات النكول) أقول : لعل المراد لنكول البائع لظهور أنه ليس موجب لنكول المشتري لكن فيه تأمل ، فإن الظاهر أنه موجب حلف المشتري وكيف يكون من موجبات النكول ، فإنه إذا لم يتكلم أحدهما بل حلف كل منهما يحصل دفع الزيادة للذمة . وجوابه أنه متى عمل التزل وإرخاء الدنان للشمع ، لكنه قال في تقرير كلام محمد والشافعي : وإذا حلفه البائع أبلغت الزيادة (قوله والنكول من موجبات التحالف) أقول : فيه بحث (قوله فلا يترك به ما هو من موجباته الخ) أقول : فيه أن ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف ، غايته أنه يملكه بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به (قوله وليس التحالف من موجبات العقد) أقول : بل من موجباته ، فإنه تبيين بالتحالف فساد على ما مر في القوس السابق وموجب العقد الفساد الفسخ (قوله والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس) أقول : فيه تأمل ، فإنه قبل القبض على وفاق القياس .

العبدین ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصصه المالك من الثمن . وفي الجامع الصغير : القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحى ولا شيء له . وقال أبو يوسف : يتحالفا في الحى ويفسخ العقد في الحى . والقول قول المشتري

العبدین (أى بعد قبضهما : كذا في الشروح) ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصصه المالك) يعنى إذا باع الرجل عبيدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك أحدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بيمينها منك بألى درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بألف درهم لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصصه المالك (وفي الجامع الصغير : القول قول المشتري) أى فيهما ، كذا في كثير من الشروح (مع يمينه عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحى ولا شيء له من قيمة المالك) وإنما أحاد ذكر لفظ الجامع الصغير ، لأن لفظه يقتضى أن يكون المستثنى منه يمين المشتري ولفظ القندوري الذى هو لفظ المبسوط يقتضى أن يكون المستثنى منه عدم التحالف ، لأن المذكور قبل الاستثناء هناك قوله لم يتحالفا (وقال أبو يوسف : يتحالفا في الحى ويفسخ العقد في الحى) قال صاحب العناية : وقوله في تحرير المذاهب يتحالفا في الحى ليس بالصحيح على ما سياتى انتهى . أقول : يعنى أن قوله هاهنا يتحالفا في الحى ليس بملايس بالتفسير الصحيح للتحالف على قول أبي يوسف على ما سياتى ، وهو أن يتحالفا على القائم والمالك معا لأن يتحالفا على القائم فقط كما قاله بعضهم ، ولكن فيه نظر ، إذ يمكن تطبيق قوله هذا على ما سياتى من التفسير الصحيح ، فإنه لم يقل هاهنا يتحالفا في الحى حتى تكون كلمة على صلة التحالف فيقول المعنى إلى التفسير الغير الصحيح ، بل قال يتحالفا في الحى فيجوز أن تكون كلمة في بمعنى اللام ويعبر المعنى يتحالفا لأجل الحى كما في قوله تعالى - فذلكم الذى لم تثنى فيه - وكما في الحديث « أن امرأة دخلت النار في هرة حبستها » على ما نص عليه في معنى اليب . ولا يحتج أن كون محالهما لأجل الحى : أى كون المقصود من محالهما فسخ العقد في الحى لا ينافى أن يتحالفا على الحى والميت معا كما هو الصحيح ليهي التحالف على ما سياتى بيانه (والقول قول المشتري

العبدین ثم اختلفا في الثمن) وإذا باع الرجل عبيدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك أحدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بيمينها منك بألى درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بألف درهم لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصصه المالك (وفي الجامع الصغير : القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا شيء له) واختلاف هاتين الروايتين في اللفظ لا يمتنع ، واختلف المشايخ في توجيه قوله أن يترك حصصه المالك ، وقوله أن يأخذ الحى ولا شيء له . وفي مصرف الاستثناء في الروايتين جميعا قالوا : معنى الأول أن يخرج المالك من العقد وكأنه لم يكن وصار الثمن كله بمقابلة القائم ، والاستثناء ينصرف إلى التحالف لأنه المذكور في الكلام فكان تقدير كلامه لم يتحالفا إلا إذا ترك البائع حصصه المالك فيتحالفا ، والمراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحى ولا شيء له معناه : لا يأخذ من ثمن المالك شيئا أصلا وعلى هذا صاحبهم . وقال بعضهم : معناه لم يتحالفا ، والقول قول المشتري مع يمينه ، إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن المالك شيئا آخر وإذا على ما أقر به المشتري ، وحل هذا ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف ، لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري وصده لا يخلط المشتري ، وكلام المصنف يشهر إلى أن أخذ الحى لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية ، بل بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يديه عليه وهو أولى لما قال شيخ الإسلام إنه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمحضتهما . قيل : والصحيح هو الثاني لأن البائع لا يترك من ثمن الميت شيئا مما أقر به المشتري ، وإنما يترك دعوى الزيادة (وقال أبو يوسف : يتحالفا في الحى ويفسخ العقد في الحى ، والقول قول المشتري .

(قوله بل بطريق تصديق المشتري في قوله) أقول : الضمير في قوله راجع إلى المشتري (قوله لكان معلقا بمحضتهما) أقول : فيه أن أخذ الحى يكون معلقا بمحضتهما البته ، وإنما الذى لا يتعلق بمحضية المشتري أخذ ما أقر به من ثمن المالك (قوله قيل والصحيح الخ) أقول : الناقل

في قيمة المالك . وقال محمد : يتحالفان عليهما ويرد الحى وقيمة المالك) لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى . ولأبى يوسف أن امتناع التحالف للهلاك فيقتدر بقدره . ولأبى حنيفة أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهى اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ، ولأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة وهى تعرف بالخزر والظن فيؤدى إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز

في قيمة المالك) هذا من تنمة قول أبى يوسف . أقول : في عبارة الكتاب هاهنا قصور . لأن قول المشتري إنما يعتبر في حصة المالك من الثمن الذى أقر به المشتري كما سيجىء تفصيله . لا في قيمة المالك فإن القول فيها للبائع كما صرح به المصنف فيها سيأتى حيث قال : فإن اختلفا في قيمة المالك يوم القبض فالقول للبائع انتهى . وعن هذا قال صاحب الكافي : وقال أبو يوسف يتحالفان في الحى وينسد العقد في الحى والقول للمشتري في حصة المالك من الثمن مع يمينه انتهى (وقال محمد : يتحالفان عليهما) أى على الحى والمالك (ويرد الحى وقيمة المالك ، لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى) قال صاحب العناية : والجواب أن هلاك البعض محجج إلى معرفة القيمة بالخزر وذلك مجهول في القسم عليه فلا يجوز انتهى . ورد عليه بأن المقسم عليه عند محمد ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه (ولأبى يوسف أن امتناع التحالف للهلاك) أى لأجل المالك (فيقتدر بقدره) أى يقتدر امتناع التحالف بقدرة المالك لأن الحكم لا يزيد على الملة (ولأبى حنيفة أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة) يعنى أن التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس في حال قيام السلعة (وهى) أى السلعة (اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها) لاندماج الكل باتدماج جزءه ، وما يثبت على خلاف القياس لا يمتد إلى الغير ، فحصل من هذا الدليل نفي القياس . والجواب عن قول محمد رحمه الله كما لا يخفى (ولأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة) أى باعتبار القيمة كما سيأتى (وهى) أى القسمة (تعرف بالخزر والظن فيؤدى إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز) فلا يلحق بالتحالف حال قيام السلعة بتمامها ، فحصل من هذا الدليل نفي الدلالة . والجواب عن قول أبى يوسف كما ترى . فإن قلت : ما الفرق لأبى حنيفة بين هذه المسئلة وبين مسئلة الإجارة فيما إذا أقام القصار بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الأجرة ، في حصة ما أقام العمل القول لرب الثوب مع يمينه ، وفي حصة ما بقى يتحالفان بالإجماع اعتبارا للبعض بالكل واستيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض المبيع ، وفيه التحالف عند أبى حنيفة أيضا دون هلاك بعض المبيع . قلت : الفرق بينهما من حيث أن عقد البيع في العباين عقد واحد ، فإذا تعدل فسخه في البعض بالملاك تعدل في الباقى .

في قيمة المالك) وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان في الحى ليس بصحيح على ما سيأتى (وقال محمد يتحالفان عليهما) ويفسخ العقد فيهما) (ويرد الحى وقيمة المالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى) والجواب أن هلاك البعض محجج إلى معرفة القيمة بالخزر وذلك مجهول في المقسم عليه فلا يجوز (ولأبى يوسف أن امتناع التحالف للهلاك فيقتدر بقدره) والجواب هو الجواب (ولأبى حنيفة أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهى اسم لجميع أجزائها) والجميع لا يبقى بفوات البعض فلا يمتد إلى الباقى ولا يلحق به بالدلالة لأنه ليس في معناه من كل وجه ، لأن التحالف في القائم لا يمكن إلا على اعتبار حصته من الثمن ، ولا بد من القسمة وهى تعرف بالخزر والظن فيؤدى إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز ، وتضمن مما ذكرنا أن أحد الدليلين المذكورين في المتن لإثبات المدعى ينفي القياس ، وفيه إشارة إلى الجواب عن

صاحب النباية ، وفيه بحث لأنه يجوز أن يكون المالك قيمته شيئا قليلا لصرته أو لكونه مريضا أو موقفا وتكثر الرغبات في الحى وتزيد قيمته فيرضى البائع أن يأخذه مسلحا عن . حتى ما أدهاه سلحا في زيادة قيمة الحى ، فإنه لو لا السلح لا يسطيع المشتري الحى إذ القول قوله مع يمينه فتأمل (قوله في قيمة المالك) أى في حصة قيمة (قوله والجواب أن هلاك البعض الخ) أقول : أنت خير غير بأن المقسم عليه عند محمد ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه . والظاهر أن التعليل الأول لأبى حنيفة أجواب عن محمد ، وأما الجواب عن أبى يوسف لا كما فهمه الشارح .

إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة المالك أصلاً لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج المالك عن العقد فيتحالفان . هذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف كما ذكرنا وقالوا : إن المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحى ولا شيء له . معناه : لا يأخذ من ثمن المالك شيئاً أصلاً . وقال بعض المشايخ : يأخذ من ثمن المالك بقدر ما أقر به المشتري ، وإنما لا يأخذ الزيادة . وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف ، لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ،

ولما عقد الإجارة في حكم عقود متفرقة تتجدد بحسب ما يقع من العمل فيتعلم فسخه في البعض لا يتعلم فسخه في الباقي ، كذا في الشروح ونقله صاحب النهاية عن إجازات الميسوط . أقول : نقائل أن يقول : هذا الفرق إنما يتمشى بالنظر إلى الدليل الأول ولما بالنظر إلى الدليل الثاني فلا ، لأن عقد الإجارة وإن كان في حكم عقود متفرقة إلا أنه في الصورة المذكورة كان بصفقة واحدة لم يمين فيها لكل جزء من العقود عليه أجرة معلومة فلا بد من التقسمة وهي بالخبر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل بعين ما قيل في عقد البيع فينبغي أن لا يجوز أيضاً (إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة المالك أصلاً) أى بالكلية (لأنه حينئذ) أى حين أن يرضى البائع بترك حصة المالك بالكلية (يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج المالك عن العقد فيتحالفان) أى إذا كان الأمر كذلك فيتحالفان (وهذا) أى توجيه قوله إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة المالك بما ذكر (تخريج بعض المشايخ) أى عاينهم (ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف) لأنه هو المذكور في الكلام ، فكان تقدير الكلام : لم يتحالفوا عند أبي حنيفة إلا إذا ترك البائع حصة المالك فيتحالفان (كما ذكرناه) أراد به قوله فيتحالفان (وقالوا) أى قال هؤلاء المشايخ (إن المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحى ولا شيء له معناه : لا يأخذ من ثمن المالك شيئاً أصلاً) أقول : كان الظاهر في التحرير من حيث العربية ، والمعنى أن يترك لفظ معناه من اليمين . أو أن يقال إن قوله في الجامع الصغير يأخذ الحى ولا شيء له ، معناه : لا يأخذ من ثمن المالك شيئاً أصلاً ، ووجه الظهور ظاهر (وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن المالك بقدر ما أقر به المشتري ، وإنما لا يأخذ الزيادة ، وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف) فيصير معنى الكلام لم يتحالفوا عند أبي حنيفة والقول قول المشتري مع يمينه ، إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن المالك شيئاً زائداً على ما أقر به المشتري فيحلف لا يمين على المشتري (لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري) قال صاحب العناية : وكلام المصنف يشير إلى أن أخذ الحى لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية عن القوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يدعيه عليه ، وهو أولى لما قال شيخ الإسلام إنه لو كان بطريق الصلح لكان معلقاً بمشيتهما انتهى . وقال بعض الفضلاء فيه : إن أخذ الحى يكون معلقاً بمشيتهما البتة ، وإنما الذي لا يتعلق بمشيتة المشتري أخذ ما أقر به من ثمن المالك انتهى . أقول : هذا ليس بشيء لأنه إن أراد بقوله أن أخذ الحى يكون معلقاً بمشيتهما البتة أنه كان في الكتاب معلقاً بمشيتهما البتة فليس بصحيح ، لأن المذكور في الكتاب إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا شيء له ، ولم يعلق فيه أخذ الحى إلا بمشيتة البائع ، وإن أراد به أن يكون في الصلح معلقاً بمشيتهما البتة فليس بمفيد له أصلاً بل هو مؤيد لما قاله شيخ الإسلام ،

مسئلة الإجارة ، فإن القصار مثلاً إذا أقام بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الأجرة ففي حصة العمل القول لرب الثوب مع يمينه ، وفي حصة ما بقي يتحالفان بالإجماع ، فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك أحد البعدين . وفيه التحالف عند أبي حنيفة أيضاً دون هلاك أحد البعدين ، وبيان ذلك أن السلعة في البيع واحدة ، فإذا تعلمت الفسخ بالهلاك في البعض تعلمت في الباقي . وأما الإجارة فهي عقود متفرقة تتجدد في كل جزء من العمل بمنزلة عقود متفرقة عليه على حدة فيتعلم الفسخ في البعض لا يتعلم في الباقي ،

(قوله فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك أحد البعدين وفيه التحالف عنه أبي حنيفة أيضاً) أقول : يعنى كصاحبه ثم التفسير في قوله فيه راجع إلى استيفاء بعض المنفعة (قوله لا يتعلم الباقي) أقول : فيه تأمل ، فإن حصة الباقي يعلم بالخبر والظن وذلك مجهول في القسم عليه

ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القام. وإذا حلقا ولم يتفقا على شيء فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة المالك. واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشترى بها بما يدعيه البائع،

فلإن مراده أن أخذ الحنفي لو كان يطرق الصلح لكان معلقا في الكتاب بمشيئتهما كما يكون في الصلح متعلقا بمشيئتهما البتة ولم يتعلق فيه إلا بمشيئة البائع (ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القام) أي في البيع القام على حاله وهو قوله وصفه العيين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف الخ، وإنما لم تختلف صفة التحالف عنده في صورتين لأن قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف (وإذا حلقا ولم يتفقا على شيء) كان الأحسن في التحرير أن يقول: وإذا لم يتفقا على شيء وحلقا بتقديم لم يتفقا على شيء على حلقا في الوضع لتقدمه عليه في الطبع (فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما) أي أو ادعى كلاهما (يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة المالك) والقول في القيمة قول المشتري لأن البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكره فيكون القول قوله، كما لو اختلفا في قيمة المصوب أو المقبوض بقصد فاسد، وكذا في الشروح (واختلفوا في تفسيره) أي في تفسير التحالف (على قول أبي يوسف) قال في النهاية ومراجع الدراية: لم يذكر تفسير التحالف على قول أبي حنيفة لأن عنده هلاك البعض يمنع التحالف كهلاك الكل. أقول: فيه شيء، وهو أن هلاك البعض لا يمنع التحالف عنده مطلقا بل إن رضى البائع أن يترك حصص المالك أصلا يتحالفان عنده أيضا على تخريج عامة المشايخ، وقد أرفض المصنف هذا التخريج حيث بنى عليه شرح معنى الكتاب أولا كما مر آنفا، فكان للذكر تفسير التحالف عند أبي حنيفة أيضا مساغ. وعن هذا أن الإمام الزيلعي بعد أن ذكر في التبيين تفسير التحالف على قول محمد وعلى قول أبي يوسف قال: وعند أبي حنيفة أن البائع إذا رضى أن يترك حصص المالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذي ذكرناه لأبي يوسف انتهى. وقال في غاية البيان: لما كان قول أبي حنيفة عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير ففسره على قولهما انتهى. أقول: هذا أقرب إلى الحق مما سبق، ولكن فيه أيضا شيء لا يخفى. فالأولى أن يقال: لما كان جريان التحالف عند هلاك بعض المبيع في قول أبي حنيفة مخصوصا بتخريب بعض المشايخ وبصورة نادرة هي صورة الاستثناء لم يذكر تفسير التحالف عنده على سبيل الاستقلال، بل اكتفى بما يفهم من بيان تفسيره على قول أبي يوسف (والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشترى بها بما يدعيه البائع) ومنهم من قال: يتحالفان على القام بمحضته. من الثمن دون المالك لأن التحالف والفسخ والعقد يفسخ في القام لا في المالك، وهذا ليس بصحيح لأن المشتري لو حلف بالله ما اشترى القام بمحضته من الثمن الذي يدعيه البائع كان صادقا، وكذا لو حلف البائع

والثاني ينفي الإلحاق بالدلالة. وفيه إشارة إلى الجواب عن قول أبي يوسف ومحمد كما ذكرناه (ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القام) وهو قوله وصفه العيين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف الخ، وإنما لم تختلف صفة التحالف عنده في صورتين لأن قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف (وإذا لم يتفقا وحلقا) أي أحدهما أو كلاهما الفسخ يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة المالك) والقول في القيمة قول المشتري لأن البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكر كما لو اختلفا في قيمة المصوب (واختلفوا في تفسيره) أي في تفسيره (فمنهم من قال يتحالفان على القام لا غير لأن العقد يفسخ في القام لا في المالك، وهذا ليس بصحيح لأن المشتري لو حلف بالله ما اشترى القام بمحضته من الثمن الذي يدعيه البائع كان صادقا، وكذا لو حلف البائع بالله ما ابت القام بمحضته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف) (والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشترى بها بما يدعيه البائع،

(قوله والثاني ينفي الإلحاق بالدلالة الخ) أقول: هذا مسطوف على ما تقدم بخمسة أسطر وهو قوله إن أحد الداليلين المذكورين في المتن لإثبات المنع ينفي القياس الخ (قوله وهذا ليس بصحيح، إلى قوله، وكان صادقا) أقول: لم لا يجوز أن يحلف المشتري أن حصصه ليست بألف والباقي أن حصصه ليست بخمسة أسطر. ولا بد ما يقال. لكن يمكن أن يقال بل يرد أيضا، فإن ما ينص كل واحد منهما لإيراف إلا بالحسن والتعنين

فإن نكل لزمه دعوى البائع . وإن حلف يحلف البائع بألفه ما بهما بالثمن الذى يدعيه المشتري ، فإن نكل لزمه دعوى المشتري . وإن حلف يفسخان العقد فى القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة المالك ويعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض (وإن اختلفا فى قيمة المالك يوم القبض فالقول قول البائع ،

بأنه ما بعت القائم بحصة من الثمن الذى يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف ، فالصحيح أن يحلف المشتري على الوجه المذكور فى الكتاب (فإن نكل لزمه دعوى البائع ، وإن حلف يحلف البائع بألفه ما بهما بالثمن الذى يدعيه المشتري ، فإن نكل لزمه دعوى المشتري ، وإن حلف يفسخان العقد فى القائم) فإن قلت : أسند فسخ العقد لهما إليهما كما ترى ولما سبق إلى القاضى حيث قال : وإن حلفا فسخ القاضى البيع بينهما فما التوفيق ؟ قلت : معنى ما سبق فسخ القاضى بينهما إن لم يفسخا بأنفسهما . يرشد إليه أن الشراح قالوا فى شرح ذلك المقام فسخ القاضى العقد بينهما إن طلبا أو طلب أحدهما ، لأن الفسخ حقهما فلا بد من الطلب انتهى . إذ لا يخفى أن الفسخ إذا كان حقهما فهما يقدران على إحداثه بأنفسهما ، ومعنى ما ذكرناهما يفسخان العقد إن أرادا الفسخ بأنفسهما على نهج قوله عليه الصلاة والسلام : تحالفا وتراذلا وهذا لا ينافى أن يفسخه القاضى أيضا فيما إذا لم يفسخاه بأنفسهما بل طلباه أو طلبه أحدهما من القاضى . وسيأتى التصريح من الشراح فى مسألة التحالف بالإقالة بساوى فسخ القاضى وفسخهما بأنفسهما (وتسقط حصته) أى حصة القائم (من الثمن ويلزم المشتري حصة المالك) من الثمن الذى أقر به المشتري ، ولا يلزمه قيمة المالك لأن القيمة يجب إذا انفسخ العقد والعقد فى المالك لم ينفسخ عنده ، كذا فى العناية (وتعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض) يعنى يقسم الثمن الذى أقر به المشتري على العبد القائم والمالك على قدر قيمتهما يوم القبض ، فإن اتفقا على أن قيمتهما يوم القبض كانت على السواء يجب على المشتري نصف الثمن الذى أقر به المشتري ويسقط عنه نصف ذلك الثمن ، وإن تصادقا أن قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت ، فإن تصادقا على أن قيمة المالك يوم القبض كانت كذا يجب على المشتري بقدرها حصة من الثمن الذى أقر به ويسقط عنه الباقي من ذلك الثمن (وإن اختلفا فى قيمة المالك يوم القبض) فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض ألفا وقيمة المالك خمسمائة وقال البائع على العكس (فالقول قول البائع) مع يمينه لأهمها اتفاقا على وجوب الثمن الذى

فإن نكل لزمه دعوى البائع . وإن حلف يحلف البائع بألفه ما بهما بالثمن الذى يدعيه المشتري ، فإن نكل لزمه دعوى المشتري ، وإن حلف يفسخان العقد فى القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة المالك (من الثمن الذى يقر به المشتري ، ولا يلزمه قيمة المالك لأن القيمة يجب إذا انفسخ العقد والعقد فى المالك لم ينفسخ عنده) (ويعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض) يعنى يقسم الثمن الذى أقر به المشتري على العبد القائم والمالك على قدر قيمتهما يوم القبض ، فإن اتفقا أن قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشتري نصف الثمن الذى أقر به المشتري ويسقط عنه نصف الثمن ، وإن تصادقا أن قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت ، فإن تصادقا على أن قيمة المالك كانت على النصف من قيمة القائم يجب على المشتري ثلث ما أقر به من الثمن (وإن اختلفا) فى ذلك فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض ألفا وقيمة المالك خمسمائة وقال البائع على العكس (فالقول للبائع) لأن الثمن قد وجب باثناهما ثم المشتري يدعى زيادة السقوط بنقصان قيمة المالك والبائع ينكره ، وطوبى بوجه تعين قيمته يوم القبض دون القيمة يوم العقد والمبيع يعتبر قيمته يوم العقد فى حق انقسام الثمن ، دل على ذلك مسائل الزيادات . وقال محمد : قيمة الأم يوم العقد ، قيمة الزيادة يوم الزيادة ، وقيمة الولد يوم القبض ، لأن الأم صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض ، وكل واحد من العبدین هنا صار مقصودا بالعقد فوجب اختيار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض . وقال ظهير الدين : هذا إشكال هائل أورده على كل قلم محيرير فلم يهتد أحد إلى جوابه ، ثم قال : والذى تخالل لى بعد طول التجشم أن فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيها صار

فصاحبه كل منهما على العین لانتفاء كذبه يقرين (قوله دل على ذلك مسائل الزيادات) أقول : فى باب الزيادات فى البيع من كتاب البيوع

أقرّ به المشتري ثم المشتري يدعى سقوط زيادة من الثمن بنقصان قيمة المالك والبائع ينكره فالقول قول المنكر مع يمينه. فإن قيل : لماذا تعتبر قيمتهما يوم القبض دون العقد في حق انقسام القيمة ومسائل الزيادات تدل على هذا : حتى قال محمد : قيمة الأم تعتبر يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض ، لأن الأم صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض ، وكل واحد من الميدين هاهنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض . قال الإمام ظهير الدين صاحب الفوائد : هذا إشكال هائل أوردته على كل قرم تحريير فلم يهتد أحد إلى جوابه ، ثم قال : والذي يخالف لي بعد طول التجشم أن فيها ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيها صار مقصودا بالعقد ، وفيما نحن بصده تحقق ما يوجب الفسخ فيها صار مقصودا بالعقد وهو التحالف ، أما في الحى منهما فظاهر وكذلك في الميث منهما ، لأنه إن تعلق الفسخ في المالك لمكان المالك لم يتعلل اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في المالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لأن المالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو قول محمد ، حتى قال : يضمن المشتري قيمة المالك على تقدير التحالف عنده فيجب إعمال التحالف في اعتبار قيمة المالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتهما يوم القبض ، كذلك في النهاية وأكثر الشروع. أقول : في التوجيه الذي ذكره الإمام ظهير الدين نظر ، لأن تحقق ما يوجب الفسخ فيها صار مقصودا بالعقد في حق الميث على قول أبي يوسف ممنوع ، لأن ما يوجب ذلك فيها نحن فيه إنما هو التحالف كما صرح به ، والتحالف إنما يجري عنده في الحى دون الميث ، وتعلق الفسخ في المالك عنده لامتناع جريان التحالف فيه للهلاك لا لغيره الملاك بدون امتناع جريان التحالف ، ألا ترى أن محمدا لما أبجاز التحالف على المالك أيضا أبجاز الفسخ في المالك على قيمته ولم يكن المالك مانعا عنه ، فإذا لم يتحقق التحالف في المالك على قول أبي يوسف وتعلق الفسخ فيه أيضا فلما الباحث على اعتبار ما هو من لوازم الفسخ فيه ومجرد عدم تعلل اعتباره لا يقتضى اعتباره سببا عند تحقق ما يقتضى اعتبار القيمة يوم العقد وهو كونه مقصودا بالعقد . ثم إن صاحب العناية قال بعد نقل ما في تلك الشروح : وأقول : الأصل فيها هلك وكان مقصودا بالعقد أن تعتبر قيمته يوم العقد ، إلا إذا وجد ما يوجب فسخ العقد فإنه يعتبر حينئذ قيمته يوم القبض ، لأنه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه ، وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون المالك صار العقد مفسوخا في المالك نظرا إلى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا إلى وجود المانع وهو الهلاك ، فصلنا فيه بالوجهين وقتنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا إلى عدم الانفساخ ، وانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا إلى الانفساخ انتهى . أقول : وفيه أيضا نظر ، لأن قوله وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم صار العقد مفسوخا في المالك نظرا إلى اتحاد الصفقة غير تام ، لأن اتحاد الصفقة إنما يقتضى انفساخ العقد في المالك بانفساخه في القائم لو وقع الفسخ قبل قبضهما فإنه حينئذ يترق الصفقة قبل تمامها وهو غير جائز . وأما إذا وقع الفسخ بعد قبضهما

مقصودا بالعقد ، وفيما نحن بصده تحقق ما يوجب الفسخ فيها صار مقصودا بالعقد وهو التحالف : أما في الحى منهما فظاهر ، وكذلك في الميث منهما ، لأنه إن تعلق الفسخ من المالك لمكان المالك لم يتعلل اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في المالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض ، لأن المالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد حتى قال : يضمن المشتري قيمة المالك على تقدير التحالف عنده ، فيجب إعمال التحالف في اعتبار قيمة المالك يوم القبض فلهذا تعتبر قيمتهما

(قوله وهو التحالف) أقول : قوله هو راجع إلى ما في قوله ما يوجب الفسخ الخ (قوله أما في الحى) أقول : أي أما كون التحالف موجبا لفسخ في الحى (قوله لمكان المالك) أقول : الذي هو مانع (قوله ما هو من لوازم الفسخ) أقول ، أي من روائده وتوابعه ، وليس المراد اللزوم الميزاني ، ثم أقول : قال محمد : فيبقى ذلك وجد حيا يرده بحسنة من الثمن ، فاليمين إن كان ما يوجب الفسخ لم يصح قولنا إن فيها ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيها صار مقصودا بالعقد وإن لم يكن ما يوجب يحتاج إلى الفرق بين ما في الزيادات ، والمسئلة المثقولة من يبيع الأصل إذ قد اعتبر فيها قيمة المالك يوم القبض كما صرح به في النهاية .

وأيهما أقام البيئة تقبل بيئته، وإن أقامها فبيئة البائع أولى) وهو قياس ما ذكر في بيوع الأصل (اشترى عبلياً وقبضهما ثم رد أحدهما بالبعب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن مالهك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده ويتقسم الثمن على قيمتهما . فإن اختلفا في قيمة المالك فالقول قول البائع) لأن الثمن قد وجب بانفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة المالك والبائع ينكره والقول للمنكر (وإن أقام البيئة فبيئة البائع أولى) لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً لإثباتها الزيادة في قيمة المالك وهذا لفقّه . وهو أن في الإيمان تعتبر الحقيقة لأنها تتوجه على أحد العاقلين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الأمر عليها والبائع منكر حقيقة فلذا كان القول قوله .

فلا يقتضى ذلك ، فإن اللازم حينئذ تفرق الصفقة بعد تمامها إذ هي تم بالقبض وهو جائز ، ألا يرى إلى ما مرّ في باب خيار البعب من أن من اشترى عشرين صفقة واحدة فقبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً فإنه يفسخ العقد في العيوب خاصة عند أئمتنا الثلاثة بناء على أن تفرق الصفقة بعد تمامها بالقبض جائز ، والمسئلة فيها نحن فيه مفروضة فإذا هلك أحد العبدین بعد قبضهما كما تبين في صدر المسئلة فلا يتم التقريب (وأيهما أقام البيئة تقبل بيئته) لأنه نور دعواه بالحجة (وإن أقامها فبيئة البائع أولى) لأنها أكثر إثباتاً لإثباتها الزيادة في قيمة المالك . فإن قيل : المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم ثبت ضمناً للاختلاف في قيمة المالك ، قلنا : إن الذي وقع الاختلاف فيه مقصوداً قيمة المالك ، والاختلاف في قيمة القائم ثبت ضمناً للاختلاف في قيمة المالك ، وبيئة البائع قامت على ما وقع الاختلاف فيه مقصوداً فكانت أولى بالاعتبار ، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الإمام المرغيناني وقاضيهان (وهو) أي ما ذكر من قول أبي يوسف وتفرعاته (قياس ما ذكر في بيوع الأصل) أي المبسوط (اشترى عبدین وقبضهما ثم رد أحدهما بالبعب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن مالهك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده ويتقسم الثمن على قيمتهما) أي يوم القبض ، كذا في النهاية (فإن اختلفا في قيمة المالك) أي في مسئلة الأصل (فالقول قول البائع ، لأن الثمن قد وجب بانفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة المالك والبائع ينكره والقول للمنكر ، وإن أقام البيئة) أي في مسئلة الأصل (فبيئة البائع أولى) لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً لإثباتها الزيادة في قيمة المالك ، والبيئات شرعت للإثبات فما كان أكثر إثباتاً كان أولى . قال المصنف (وهذا لفقّه) أي اعتبار بيئة البائع ويمتحن لمعنى فقهي (وهو أن في الإيمان تعتبر الحقيقة) أي حقيقة الحال فلا يلزم الإقدام على القسم بمجهالة ، واستدل المصنف عليه بقوله (لأنها) أي الإيمان (تتوجه على أحد العاقلين) أي لاهل الوكيل والثائب (وهما) أي المتماقدان (يعرفان حقيقة الحال) لأن العقد فعل أنفسهما والإنسان أعرف بحال نفسه (فبني الأمر عليها) أي على الحقيقة (والبائع منكر حقيقة فلذا كان القول قوله) لأنه ينكر سقوط الزيادة

يوم القبض . هذا مقاله صاحب النهاية وغيره من الشارحين . وأقول : الأصل فيها هلك وكان مقصوداً بالعقد أن تعتبر قيمته يوم العقد ، إلا إذا وجد ما يوجب فسخ العقد فإنه تعتبر حينئذ قيمته يوم القبض ، لأنه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تمين اعتبار قيمته يوم قبضه ، وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون المالك صار العقد مقسوماً في المالك نظراً إلى اتحاد الصفقة غير مقسوخ نظراً إلى وجود المانع وهو الهلاك فعلمنا فيه بالوجهين ، وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظراً إلى عدم الانفساخ وباتسامه على قيمته يوم القبض نظراً إلى الانفساخ (وأيهما أقام البيئة تقبل بيئته) لأنه نور دعواه بالحجة (وإن أقامها فبيئة البائع أولى) لأنها أكثر إثباتاً لإثباتها الزيادة في قيمة المالك ، ولا معتبر لدعوى المشتري زيادة في قيمة القائم لأنها ضمنية ، والاختلاف المقصود هو ما كان في قيمة المالك . ثم ذكر المصنف ما هو على قياسه من بيوع الأصل وهو ظاهر مما ذكرنا وذكر الفقّه في أن القول هاهنا قول البائع ، والبيئة أيضاً بيئته من أن المهور خلاف ذلك ، إذ البائع إما أن يكون مدعياً أو مدعى عليه ، فإن كان الأول فعليه البيئة ، وإن كان الثاني فعليه البيّن إذا أنكر ، فالجواب بينهما جمع بين المتنافيين ، وذلك أن كلا من البيّن والبيئة ينفي على أمر جاز أن يجتمع مع الآخر باعتبارين فجاز اجتماعهما كذلك ،

وفي البيانات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهراً فلها تقبل بيته أيضاً وترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر . وهنا بين لك معنى ما ذكرناه من قول أبي يوسف . قال (ومن اشترى جارية وقبضها ثم تغايل ثم اختلفا في الثمن فأنهما يتحالفان ويعود البيع الأول) ونحن ما أثبتنا التحالف فيه بالنص لأنه ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين ،

(وفي البيانات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال) لأنهما يخبران عن فعل الغير لاعتبار فعل أنفسهما : فيجوز أن يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عندهما بهزل أو تلجئة أو غير ذلك (فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهراً فلها تقبل بيته أيضاً) أي كما اعتبر يمينه (وترجح) أي ترجع بيته على بيته المشتري (بالزيادة الظاهرة على ما مر) وهو قوله لأنها أكثر إيثاناً ظاهراً (وهذا) أي ما ذكر في بيع الأصل (بين لك معنى ما ذكرناه من قول أبي يوسف) رحمه الله في التحالف وتفرعاته التي ذكرت في بيع الجامع الصغير (قال) أي محمد في بيع الجامع الصغير (ومن اشترى جارية وقبضها) أي وتقدّمها ، كذا في الشروح وفي أصل الجامع الصغير (ثم تغايل) ولم يقبض البائع المبيع بعد الإقالة ، كذا في الشروح ، وسبب إليه المصنف بقوله والمسئلة مفروضة قبل القبض (ثم اختلفا في الثمن) فقال المشتري كان الثمن ألفاً فليكن أن ترد الألف وقال البائع كان خمسمائة فعلى رد الخمسمائة فأنهما يتحالفان ويعود البيع الأول (حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الإقالة) معناه : يعود البيع الأول إذا فسخ القاضي أو فسخا بأنفسهما الإقالة لأن الإقالة كالبيع لا تنسخ إلا بالفسخ ، كذا في النهاية ومراجع الدراية نقلاً عن صدر الإسلام . ولما استشعر أن يقال النص الوارد في حق التحالف وهو قوله عليه الصلاة والسلام وإذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بخالفا وتراداً لم يتناول الإقالة ، فأوجه جريان التحالف فيها ؟ أجاب بقوله (ونحن ما أثبتنا التحالف فيه) أي في التغايل (بالنص لأنه ورد في البيع المطلق) أي في البيع من كل وجه (والإقالة فسخ في حق المتعاقدين) وإن كان يبعاً جديداً في حق غيرهما . فإن قلت : قوله والإقالة فسخ في حق المتعاقدين إنما ينشئ على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول أبي يوسف ، فإن الإقالة عنده بيع في حق المتعاقدين أيضاً ، والمسئلة التي نحن فيها متفق عليها فما وجه بناء الوفاة على الخلافة ؟ قلت : كلام المصنف هذا جواب عن سؤال مقدر ذكرناه آنفاً ، وذلك السؤال إنما

فبنى الأيمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الإقدام على القسم بجهالة ، ومنه البيانات على الظاهر لأن الشاهد يخبر عن فعل غيره لاعتبار فعل نفسه ، فجاز أن يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عنده بهزل أو تلجئة أو غير ذلك . وإذا ظهر هذا جاز أن يكون القول للبائع لأنه منكر حقيقة إذ هو أعلم بحال نفسه ، وأن تقبل بيته لأنه مدع في الظاهر . وإذا أقام البيعة ترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر ، وفي كلامه نظر ، لأنه على اعتبار الحقيقة في الأيمان بقوله لأنها توجهه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال وهو مفرع على المدهي ، فإن توجهه اليقين على أحد العاقدين دون الوكيل والنائب إنما هو لأن المعتبر في الأيمان هو الحقيقة . ويمكن أن يجاب عنه بأنه دليل لا تعليل ، والفرق بين عند المصنفين (قوله وهذا) أي ما ذكر في الأصل (بين معنى ما ذكرناه من قول أبي يوسف في التحالف وتفرعاته التي ذكرت في مسألة الجامع الصغير . قال (ومن اشترى جارية الخ) ومن اشترى جارية ونقد ثمنها وقبضها ثم تغايل ولم يقبض البائع المبيع بعد الإقالة حتى اختلفا في الثمن فأنهما يتحالفان ويعود البيع الأول حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الإقالة ، ولا بد من التفسير سواء فسخها بأنفسهما أو فسخها القاضي لأنها كالبيع لا تنسخ إلا بالفسخ . فإن قيل : النص لم يتناول الإقالة فما وجه جريان التحالف فيها ؟ أجاب بقوله (ونحن ما أثبتنا التحالف بالنص لأنه ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين) فلا تدخل محته

(قوله فبنى الأيمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الإقدام الخ) أقول : لا يعني عليك أن القيمة تعرف بالخبر والظن ، فلو حلف يلزم الإقدام على ايمين بجهالة (قوله لأنه منكر حقيقة إذ هو أعلم بحال نفسه) أقول : فيه فيه .

وإنما أثبتناه بالقياس لأن المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على مامر ولهذا نقيس الإجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري . قال (ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لحمد) لأنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً .

يكاد يتوجه على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لاعتل قول أبي يوسف كما لا يخفى ، ففي الجواب أيضاً على أصلهما دون أصله لتدبير (وإنما أثبتناه بالقياس لأن المسئلة مفروضة قبل القبض) أي قبل قبض البائع إجارياً بحكم الإقالة (والقياس يوافقه على مامر) أي في أول الباب (ولهذا نقيس الإجارة على البيع قبل القبض) توضيح لقولنا وإنما أثبتناه بالقياس : يعني إذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء العقود عليه في الأجرة يجرى التحالف بينهما (والوارث على العاقد) أي وتقاس الوارث على العاقد : يعني إذا اختلف وارث البائع والمشتري في الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما (والقيمة على العين) أي وتقاس القيمة على العين (فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري) يعني إذا استهلك غير المشتري العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة ، فإن اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتركة لكون النص إذا ذاك معقول المعنى . وفي غاية البيان : وهذه هي النسخة المقابلة بنسخة المصنف . وفي بعض النسخ فيما إذا استهلك المشتري ، وفي بعضها فيما إذا استهلك المبيع . قال الإمام حافظ الدين الكبير البخاري على حاشية كتابه الصحيح : استهلك المشتري انتهى . وفي معراج الدراية : الصواب إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري ، وهذه العبارة على حاشية نسخة قولت بنسخة المصنف ، أو الصواب استهلك المشتري بضم التاء على صيغة بناء المفعول والمشتري على صيغة المفعول انتهى (ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لحمد لأنه يرى النص معلولاً بعد القبض) يعني أن عمداً يرى النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم إذا اختلف المتبايعان والسلمة قائمة تحالفاً وتراذلاً معلولاً بوجود الإنكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر من العقد ، وهذا المعنى لا يتناول بين كون المبيع مقبوضاً أو غير مقبوض . قال بعض الفضلاء : فإن قيل : الإقالة بيع عند أبي يوسف فيكون متناول النص فينبغي أن يجرى التحالف عنده بعد قبض البائع أيضاً ، قلنا : لما وقع الخلاف في كونه فيما لا يتناوله النص الوارد في البيع المطلق الشبهة انتهى . أقول : جوابه ساقط جداً ، لأن التحالف ليس مما يندرج بالشبهات كالمحدود والقبض كما لا يخفى ، فهو كان مجرد وقوع الخلاف في كون الإقالة بيعاً مانعاً عنده عن أن يتناولها النص الوارد في البيع المطلق في حق حكم التحالف فكان ذلك مانعاً عنده عن أن يتناولها النصوص الواردة في حق سائر أحكام البيع المطلق أيضاً مع أن أحكام البيع المطلق جارية بأسرها في الإقالة عنده على ما تقرر في بابها . ثم أقول : في دفع سؤالي إن أصل أبي يوسف الإقالة هو أنها بيع إلا أن لا يمكن جعلها بيعاً كالإقالة قبل القبض

(وإنما أثبتناه بالقياس لأن ما نحن فيه من مسئلة الإقالة مفروضة قبل القبض ، والقياس يوافقه على مامر ولهذا نقيس الإجارة) إذا اختلف الأجر والمستأجر قبل استيفاء العقود عليه في الأجرة (على البيع قبل القبض والوارث على العاقد) إذا اختلفا في الثمن قبل القبض (والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري) يعني إذا استهلك غير المشتري العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة . فإن اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتري لكون النص إذا ذاك معقول المعنى (ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، خلافاً لحمد فإنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً) لأنه معلول بوجود الإنكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر ، وهذا المعنى لا يتناول بين كون المبيع مقبوضاً أو غير مقبوض .

(قال المصنف : ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة الخ) أقول : لأن قيل : الإقالة بيع عند أبي يوسف فيكون متناول النص فينبغي أن يجرى التحالف عنده بعد قبض البائع أيضاً ، قلنا : لما وقع الخلاف في كونه فيما لا يتناوله النص الوارد في البيع المطلق للشبهة فليأتل (قوله لما يدعيه الآخر) أقول : هو العقد كما مر .

قال (ومن أسلم عشرة دراهم في كره حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم إليه ولا يعود السلم) لأن الإقالة في باب السلم لا تختمل النقص لأنه إسقاط فلا يعود السلم، بخلاف الإقالة في البيع، ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما. قال (وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوجني بألفين فأبهما أقام البينة تقبل بيئته) لأنه نور دعواه بالحجة.

في المنقول فتجعل فسحا كما بينا في باب الإقالة، وفيما نحن فيه لما اختلفا في الثمن ولم يثبت قول أحدهما صار الثمن مجهولا فلم يمكن جعله بيما لعدم جواز البيع بالثمن المجهول كعدم جواز بيع المنقول قبل القبض فلم يتناول النص الوارد في البيع المطلق فلم يبر التحالف فيه عنده أيضا لا بالنص ولا بالقياس (قال) أي محمد في بيع الجاهل الصغير (ومن أسلم عشرة دراهم في كره حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن) أي في رأس المال فقال المسلم إليه كان رأس المال خمسة وقال رب السلم كان عشرة (فالقول قول المسلم إليه) أي مع يمينه، لأن رب السلم يدعي عليه زيادة وهو ينكر (ولا يعود السلم) أي لا يتحالفان ولا يعود السلم (لأن الإقالة في باب السلم لا تختمل النقص) أي النسخ: يعني أن المقصود من التحالف النسخ، وإليه الإشارة النبوية بقوله عليه الصلاة والسلام وتحالفا وتراذلا (والإقالة في باب السلم لا تختمل) (لأنه) أي الإقالة في باب السلم ذكر الصغير بتأويل التنازل (إسقاط) للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود (فلا يعود السلم، بخلاف الإقالة في البيع) فإنها تختمل النسخ ويعود المبيع إلى المشتري بعد عوده إلى البائع لكونه عينا قائما، (ونور هذا بقوله: ألا يرى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فردته بالعيب) أي فقصي القاضي بالرد بالعيب على رب السلم (وهلك) أي في يد المسلم إليه قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم، ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع، (دل) أي هذا الذي ذكر (على الفرق بينهما) أي بين السلم والبيع. فان قيل: ما الفرق لمحمد بين إقالة السلم وبين ما إذا هلكت السلعة ثم اختلفا في مقدار الثمن فإنهما يتحالفان فيها إذا هلكت السلعة، ولا يتحالفان في إقالة السلم إذا اختلفا في مقدار رأس المال وإن فأت المقود عليه في الفصلين جميعا؟ قلنا: الإقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسح من كل وجه، والتحالف بعد هلاك السلعة يجرى في البيع لا في النسخ، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية (قال) أي القنودري في مختصره (وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوجني بألفين فأبهما أقام البينة تقبل بيئته) قال المصنف في تعليقه (لأن نور دعواه بالحجة) قال الشراح: أما قبول بيعة المرأة فظاهر

قال (ومن أسلم عشرة دراهم الخ) ومن أسلم عشرة دراهم في كره حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن لا يتحالفان والقول قول المسلم إليه ولا يعود السلم، لأن فائدة التحالف النسخ والإقالة في باب السلم لا تختمل لكونه في إسقاط للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود، بخلاف الإقالة في البيع فإنها تختمل النسخ فيعود المبيع لكونه عينا إلى المشتري بعد عوده إلى البائع، ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فردته بالعيب يعني قصي القاضي بذلك وهلك قبل التسليم إلى رب السلم لا يرفع الإقالة ولا يعود السلم، ولو كان ذلك في بيع العين عاد البيع، وإنما كان القول للمسلم إليه لأن رب السلم يدعي عليه زيادة من رأس المال وهو ينكر، وأما هو فلا يدعي على رب السلم شيئا لأن المسلم فيه قد سقط بالإقالة. قيل المقود عليه قد فات في إقالة السلم وفيما إذا هلكت السلعة ثم اختلفا، ما الفرق لمحمد في إجراء التحالف في صورة هلاك السلعة دون إقالة السلم. وأجيب بأن الإقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسح من كل وجه، والتحالف بعد هلاك السلعة يجرى في البيع لا في النسخ. قال (وإذا اختلف الزوجان في المهر الخ) إذا اختلف الزوجان

(قوله لأن فائدة التحالف النسخ) أقول: لقوله عليه الصلاة والسلام وتحالفا وتراذلا ولكن بقي ما هنا بحث، لأنه إن أراد كليهما فسح وسالت الصالح (إذا اختلفا في المهر) وإن أراد جزئيا فسلم ولا يفده. وجوابه يعلم من تعليق الاختلاف في المهر عليهم (قوله لا يرفع الإقالة) أقول: ينبغي أن يرفع من هنا (قوله وأجيب بأن الإقالة في السلم الخ) أقول: فيه أن محمدا يرى تلصصا لمولا، وذلك التلصص جارحنا، فإن كان منها:

(وإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة) لأنها تثبت الزيادة، معناه إذا كان مهر مثلها أقل مما ادّعته (وإن لم يكن لهما بينة تحالفا عند أبي حنيفة ولا يفسخ النكاح) لأن أثر التحالف في انعدام التسمية، وأنه لا يخلل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه، بخلاف البيع لأن عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ،

لأنها تلحق الزيادة، وإنما الإشكال في قبول بينة الزوج لأنه منكر الزيادة فكان عليه الإيمان لا البينة، وإنما قبلت لأنه مدع في الصورة وهي كافية لقبولها انتهى (فإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة) هذا من تمام كلام القدوري. قال المصنف في تعليقه (لأنها) أي لأن بينة المرأة (تثبت الزيادة) وقال في توجيهه (معناه إذا كان مهر مثلها) أي مهر مثل المرأة (أقل مما ادّعته) وقال صاحب العناية في تفصيل المسئلة: وإن أقاما فلا يخلو إما أن يكون مهر المثل أقل مما ادّعته أولا، فإن كان الأول فالبينة للمرأة لأنها تثبت الزيادة. وإن كان الثاني فالبينة للزوج لأنها تثبت الحط ويثبتا لا تثبت شيئا لثبوت ما ادّعته بشهادة مهر المثل انتهى. أقول: في تحريره خلل، حيث حكم في الأول على الإطلاق بكون البينة للمرأة وليس كذلك، بل الأول أيضا لا يخلو من أن يكون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه، ومن أن يكون أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادّعته المرأة، فإن كان الأول فالبينة للمرأة لأنها تثبت الزيادة، وإن كان الثاني فتعارض بيتاهما حيث تثبت بيتها الزيادة وتثبت بيتته الحط فيتبايران فيجب مهر المثل، وقد صرح بهذا التفصيل في عامة الكتب المعتمدة حتى المتون في باب المهر، بل صرح به صاحب العناية أيضا في ذلك الباب من شرح هذا الكتاب. وأما قول المصنف: معناه إذا كان مهر مثلها أقل مما ادّعته فليس بهذه المثابة من الحلل، إذ يمكن أن يكون مراده به مجرد الاحتراز عما إذا كان أكثر مما ادّعته لا لتسميم لقسمي كون مهر مثلها أقل مما ادّعته، بخلاف تحرير صاحب العناية فإن عبارة لا يخلو في قوله وإن أقاما فلا يخلو إما أن يكون مهر المثل أقل مما ادّعته أو لا تقتضي ههنا الأقسام كما لا يخفى على ذوي الألفهام. ولقد أسسن الإمام الزيلي في هذا المقام حيث قال في شرح قول صاحب الكنز وإن برهننا فللمرأة، هذا إذا كان مهر المثل يشهد للزوج بأن كان مثل ما يدعي الزوج أو أقل، لأن الظاهر يشهد للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت أولى، وإن كان مهر المثل يشهد لها بأن كان مثل ما تدعي المرأة أو أكثر كانت بينة الزوج أولى لأنها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبيّنات للإثبات، وإن كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بأن كان أقل مما ادّعته المرأة وأكثر مما ادّعاه الزوج فالصحيح أنها يتبايران لأنهما استويا في الإثبات، لأن بيتها تثبت الزيادة وبيتته تثبت الحط فلا تكون إحداها أولى من الأخرى انتهى (وإن لم يكن لهما بينة) أي عجزا عن إقامة البينة (تحالفا عند أبي حنيفة) ولا يفسخ النكاح لأن أثر التحالف في انعدام التسمية، وإنه لا يخلل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه) أي في النكاح فلا حاجة إلى القسح (بخلاف البيع لأن عدم التسمية يفسده) لبقائه يباع بلائع وهو فاسد (على ما مر) أي في كتاب البيوع، بل في هذا الباب أيضا حيث قال: ويقال إذا لم يثبت البذل بي يباع بلا يذل وهو فاسد (يفسخ) أي البيع، قال صاحب النهاية: فإن قلت: النص

في المهر فادعي الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوجني بألفين فأبهما أقام البينة قبلت بيته لأنه نَزَرَ دعواه بالحجة. أما قبول بينة المرأة فظاهر لأنها تلحق الزيادة، وإنما الإشكال في قبول بينة الزوج لأنه منكر الزيادة فكان عليه الإيمان لا البينة، وإنما قبلت لأنه مدع في الصورة وهي كافية لقبولها كما ذكرنا (وإن أقاما) فلا يخلو: إما أن يكون مهر المثل أقل مما ادّعته أولا، فإن كان الأول (فالبينة للمرأة لأنها تثبت الزيادة) وإن كان الثاني فالبينة للزوج لأنها تثبت الحط ويثبتا لا تثبت شيئا لثبوت ما ادّعته بشهادة مهر المثل (وإن عجزا عنها تحالفا عند أبي حنيفة) ولا يفسخ النكاح لأن أثر التحالف في انعدام التسمية وإنه لا يخلل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه، بخلاف البيع لأن عدم التسمية يخلل بصحته (لبقائه بلائع وهو ليس بصحيح (يفسخ) البيع. فإن قيل: التحالف مشروع في البيع والنكاح ليس في معناه سلمناه، لكن فائدته فسح العقد والنكاح هاهنا

يدعي عقدا غير المقد الذي يذمعه صاحبه والآخر ينكر، وسيجيء جوابه في درس الاختلاف في الإجارة (قال المصنف: معناه إذا كان مهر مثلها أقل الخ) أقول: قال أكل الدين: وإن لم يكن أقل فالبينة للزوج لأنها تثبت الحط وبيتها لا تثبت شيئا لثبوت ما ادّعته بشهادة

(ولكن يحكم مهر المثل ، فإن كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضى بما قال الزوج) لأن الظاهر شاهد له (وإن كان مثل ما ادعته المرأة

بشرعية التحالف إنما ورد في البيع والنكاح ليس في مناه وهو ظاهر فكيف تعدى حكم النص من البيع إلى النكاح ، أو تقول : إن التحالف إنما شرع في عقد يحمل الفسخ لما أن الفسخ من أحكام التحالف ولا فسخ في النكاح بعد التحالف بالاتفاق فيجب أن لا يشرع فيه التحالف لعدم حكمه . قلت : أما الأول وهو ورود النص في البيع قلنا : إن المعنى الموجب للتحالف هناك موجود هاهنا من كل وجه فثبت التحالف في النكاح أيضا بدلالة النص ، وذلك لأن الموجب للتحالف هناك هو أن كل واحد من المتعاقدين مدع ومتكر ، ولم يمكن ترجيح أحدهما على الآخر في الدعوى والإنكار لتساويهما فيهما ، فلذلك قوبلت بينهما وبينهما لأن كل واحد منهما ينكر ما يدعيه الآخر فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه تحسكا بقوله صلى الله عليه وسلم : البينة على المدعي واليمين على من أنكره وأما الثاني وهو أن الفسخ حكم التحالف والفسخ ليس بثابت هاهنا وجوابه مذکور في الكتاب . وإيضاح ذلك هو أن التحالف إنما أوجب الفسخ في التحالف لأنه لما تعدى إثبات دعوى كل واحد منهما بسبب يمين الآخر لزم إخلاء العقد عن البذل . والبذل إذا خلا في البيع يفسد البيع والقاسد يفسخ . وأما النكاح إذا خلا العوض عنه فلا يفسد كما لو لم يذكر التسمية ، وإذا لم يفسد النكاح لا يفسخ إذ الفسخ إنما كان بسبب الفساد فافترقا ، إلى هذا أشار في الفوائد الظهيرية انتهى . وقد اتفق أثره في هذين السؤالين وهذين الجوابين صاحب مراجع الدراية وصاحب العناية . أقول : في كل واحد من الجوابين بحث . أما في الأول فلأن المعنى الموجب للتحالف وهو كون كل واحد من المتعاقدين ملصيا ومتكررا مع عدم إمكان ترجيح أحدهما على الآخر إنما يوجد هاهنا قبل تسليم المرأة بضعها إلى الزوج ، وأما بعد التسليم فلا يوجد لأن الزوج لا يدعي على المرأة حينئذ شيئا إذ المقود عليه سالم له . بقي دعوى المرأة في زيادة المهر والزوج ينكرها على قياس ما تقرر في الاختلاف في البيع بعد القبض ، والمسئلة فيا نحن فيه ليست بمفروضة قبل القبض بل هي حابة لما قبل القبض وما بعده ، بل كانت مصورة في بعض الشروح بصورة تخص بما بعد القبض في السؤال في هذه الصورة ، إلا على قول محمد فإنه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا كما مر . وأما في الثاني فلأن حاصله بيان سبب عدم ثبوت الفسخ في النكاح ، وهو لا يدفع السؤال إذ ليس فيه ما يشعر بالنزاع أو التردد في عدم ثبوت الفسخ في النكاح ، بل حاصله أن التحالف إنما شرع لحكمه وهو الفسخ ، فإن لم يثبت الفسخ في النكاح يبنى أى لا يجرى فيه التحالف أيضا ، ويؤيده أن التحالف لم يبر فها إذا اختلفا في الإقالة في السلم لعدم احتمال الإقالة في باب السلم الفسخ كما مر قبيل مسئلتنا هذه فتأمل (ولكن يحكم مهر المثل) هذا استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح أى لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع (فإن كان) أى مهر المثل (مثل ما اعترف به الزوج أو أقل) أى ما اعترف به الزوج (قضى بما قال الزوج لأن الظاهر) أى ظاهرا الحال (شاهد له) أى في صورة كون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج فظاهر موافقة قوله مهر المثل ، وأما في صورة كون مهر المثل أقل مما اعترف به الزوج فلكون قوله أقرب إلى مهر المثل من قولها (وإن كان) أى مهر المثل (مثل ما ادعته المرأة أو أكثر) أى بما ادعته المرأة (قضى بما ادعت المرأة)

لا يفسخ . أجيب بأن موجه في البيع كون كل واحد من المتعاقدين ملصيا ومتكررا مع عدم إمكان الترجيح ، وهو هاهنا موجود فألحق به ، وإنما لا يفسخ النكاح لما ذكر في الكتاب . وتوضيحه أن الفسخ في البيع إنما كان لبقاء العقد بطلان النكاح ليس كذلك ، لأن له موجبا أصليا يصار إليه عند انقضاء التسمية . هذا على طريق تخصيص العمل والجواز خاص ومخلص غيره معلوم (قوله ولكن يحكم مهر المثل) استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح : أى لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع (فإن كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضى بما قال الزوج لأن الظاهر شاهد له ، وإن كان مثل ما ادعته المرأة)

مهر المثل انتهى . قال الإمام الخميني : وقيل يثبتها أولى لأنها تثبت الزيادة انتهى . ولا يخفى عليك أن إطلاق القدرى يلزم هذا القول ، نقول المتصف ومنه محل كلام .

أو أكثر قضى بما ادعته المرأة . وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل (لأنهما لما تخالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه . قال رحمه الله : ذكر التحالف أولاً ثم التحكيم ، وهذا قول الكرخي رحمه الله لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية ، ويبدأ يمين الزوج عند أبي حنيفة وعحمد تعجيلاً لفائدة النكول كما في المشتري ، ونخريج الرازي بخلافه

لأن الظاهر شاهد لها حيث ذلل ما بيننا آتفا (وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل لأنهما لما تخالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل) أي بسبب حلف الزوج (ولا الحط عنه) أي بسبب حلف المرأة (قال) أي المصنف (ذكر) أي القدوري (التحالف أولاً ثم التحكيم ، وهذا) أي ما ذكره القدوري (قول الكرخي لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية) لأنه موجب نكاح لاتسمية فيه (وسقوط اعتبارها بالتحالف) أي وسقوط اعتبار التسمية إنما هو بالتحالف (فلها ما يقدم) أي التحالف (في الوجوه كلها) يعني فيها إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه ، أو كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه ، أو كان أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة فهذه خمسة وجوه (ويبدأ يمين الزوج عند أبي حنيفة وعحمد تعجيلاً لفائدة النكول) لأن أول التسليمين عليه فيكون أول التمينين عليه ، كذا في النهاية ومراج الدراية فقلنا عن الفتاوى الظهيرية (كما في المشتري) أي كما يبدأ يمين المشتري على القول الصحيح تعجيلاً لفائدة النكول كما هو (ونخريج الرازي بخلافه) أي نخريج أبي بكر الرازي . بخلاف قول الكرخي فإن الرازي يقول بتحكيم مهر المثل أولاً إذا

أو أكثر قضى بما قالت كذا . وإن كان أكثر مما اعترف به وأقل مما ادعته قضى لها بمهر المثل ، لأنهما لما تخالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه (قال المصنف رحمه الله : ذكر التحالف أولاً ثم التحكيم ، وهذا قول الكرخي لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية) لأنه موجب نكاح لاتسمية فيه (وسقوط اعتبارها) إنما هو بالتحالف فلها ما يقدم (التحالف) في الوجوه كلها) يعني فيها إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه ، أو مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه . أو كان بينهما ، فهي خمسة وجوه . وأما في قول الرازي فلا تخالف إلا في وجه واحد وهو ما إذا لم يكن مهر المثل شاهداً لأحدهما ، وفيما عداه فالقول بيمينته إذا كان مهر المثل مثل ما يقول أو أقل ، وقولها مع يمينها إذا كان مثل ما ادعته أو أكثر . قال في النهاية وهذا هو الأصح لأن تحكيم مهر المثل ليس لإيجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ، ثم الأصل في الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه . وذكر في بعض الشروح قالوا : إن قول الكرخي هو الصحيح لأن وجود التسمية يمنع المصير إلى مهر المثل وهي موجودة باتفاقهما . وأقول : إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام ، وإن أرادوا أن غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لأن التسمية تمنع المصير إلى مهر المثل لإيجابه ، وأما لتحكيمة لمعرفة من يشهد له الظاهر فمنع . ولقائل أن يقول : ما بالهم لا يحكون قيمة المبيع إذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فإنه لا محذور فيه . ويمكن أن يجاب عنه بأن مهر المثل معلوم ثابت يبين قبحاً أن يكون حكماً ، بخلاف القيمة فإنه تعلم بالحزر والظن فلا نفي للمعرفة فلا يحمل حكماً (ويبدأ يمين الزوج عند أبي حنيفة وعحمد تعجيلاً لفائدة النكول) فإن أول التسليمين عليه (كما في المشتري) ونخريج الرازي بخلافه (وهو التحكيم أولاً ثم التحليف .

(قال المصنف : وسقوط اعتبارها بالتحالف) أقول : لو سقط اعتبارها بالتحالف لكان الواجب في الصور الخمس مهر المثل لظهور أن في التحكيم اعتبار التسمية فليأتل ، وجوابه أن المراد أخذنا بإقراره (قوله وذكر في بعض الشروح) أقول : يعني غاية البيان (قوله وأقول إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز) أقول : فيه بحث (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن مهر المثل الثلغ) أقول : فيه شيء ظاهر . بل الفارق أن الواجب الأصل في باب النكاح هو مهر المثل ، بخلاف البيع فإن الأصل فيه هو الثمن للمسي .

وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف أبي يوسف فلا نعيده (ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة ، إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون غيرها) لأن تملكها لا يكون

شهد مهر المثل لأحدهما ، ثم يقول بالتخالف إذا لم يشهد ذلك لأحدهما . قال المصنف (وقد استقصيناه) أي تخريج الرازي (في النكاح) أي في كتاب النكاح (وذكرنا خلاف أبي يوسف) وهو أن القول في جميع ذلك قول الزوج إلا أن يأتي بشيء قليل ، وفي رواية : إلا أن يأتي بشيء مستنكر ، وتكملوا في تفسيره على ما مر بيانه في كتاب النكاح (فلا نعيده) أي لا نعيد ذكر خلافه هاهنا . قال صاحب التباية : وهذا أي قول الرازي هو الأصح . لأن تحكيم مهر المثل هاهنا ليس لإيجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر . ثم الأصل في الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع عينه ، كذا ذكره الإمام قاضيه خان والمحبوبي انتهى . وقال صاحب غاية البيان : قالوا : إن قول الكرخي هو الصحيح لأن مهر المثل لا يثبت مع وجود التسمية . وإنما نتمم التسمية بالتخالف لأنه يحتلظ يكون كأن العقد لم يكن فيه تسمية أصلا فيصار إلى مهر المثل ، فلما لم يثبت مهر المثل مع وجود التسمية كيف يكون الظاهر مع الذي وافقه مهر المثل انتهى . وقال صاحب العناية : أقول : إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام ، وإن أرادوا أن غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب التباية ، لأن التسمية تمنع المصير إلى مهر المثل لإيجابه ، وأما لتحكيمه لمعرفة من يشهد له الظاهر فمتنوع انتهى . وأنا أقول : إن قوله إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح ، فلا كلام ليس بصحيح إذ لا مجال لإرادة هذا المعنى من ذلك اللفظ ، لأنهم ما قالوا هو صحيح حتى لا ينافي كون غيره أصح ، بل قالوا هو الصحيح بقصر المسند على المسند إليه وهو قصر الصفة على الموصوف كما ترى ، فإذا كانت صفة الصحة مقصورة عليه فكيف يجوز أن ينصف غيره بالأهمية والاتصاف بالأهمية يستلزم الاتصاف بأصل الصحة لأنها زيادة الصحة . اللهم إلا أن يكون مراده الكلام في المراد لا في الإرادة فتأمل . ثم قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع إذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فإنه لا يهتزل فيه . ويمكن أن يجاب عنه بأن مهر المثل معلوم ثابت يثبت فجاز أن يكون حكما ، بخلاف القيمة فإنه تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكما انتهى . وأقول : في جوابه تحكيم ، حيث جعل مهر المثل أمرا معلوما ثابتا يثبت ، والقيمة أمرا مظنونا غير مفيد للمعرفة ، والحال أنهما إن كانا متساويين في المعرفة فمهر المثل أخفى من القيمة ، إذ قد تقرر في باب المهر أن مهر المثل يعتبر بقرابة المرأة من قوم أبيها ويعتبر فيه التساوي بين المراتين سنا وجمالا ومالا وعقلا ودينا وبلدا وعصرا وبكارة وثبات . ولا يخفى أن معرفة هذه الشرائط صعبة جدا ، بخلاف القيمة إذ يكفي فيها نوع خبرة بأحوال الأئمة كما لا يخفى . فالصواب في الجواب ما ذكره صاحب التباية والكفاية حيث قالوا : قلنا القضاء هناك بما يدهيه أحدهما غير ممكن ، وإن كانت القيمة مطابقة لما يدهيه أحدهما لأن القيمة لا يمكن إثباتها بمطلق العقد ، ومهر المثل يمكن إثباته مهرها بمطلق العقد . وهذا هو الفرق بينهما انتهى . وقال صاحب التباية : إلى هذا أشار في القوائد الظهيرية : ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد (والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة) يعني أنه يحكم مهر المثل أولا ، فمن شهد له فالتقول له وإن كان بينهما يتحالفان وأليه مال الإمام فخير الإسلام وهو تخريج الرازي ، وأما على تخريج الكرخي فيتحالفان أولا كما تقدم كذا في العناية إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها أي للمرأة (قيمتها) أي قيمة الجارية (دون غيرها) لأن تملكها لا يكون

(كما ذكرناه وذكرنا خلاف أبي يوسف) وهو أن القول في جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق وبعده إلا أن يأتي بشيء مستنكر ؛ يعني في باب المهر (فلا نعيده) ، ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة) يعني أنه يحكم مهر المثل أولا ، فمن شهد له فالتقول له وإن كان بينهما يتحالفان وأليه مال فخير الإسلام وهو تخريج الرازي . وأما على تخريج الكرخي فيتحالفان أولا كما تقدم ، إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون غيرها لأن تملكها لا يكون

(قوله في باب المهر) أقول : معطوف بما سبق من قوله كما ذكرناه وذكرنا خلاف أبي يوسف .

إلا بالراضى ولم يوجد فوجبت القيمة (وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادأ) معناه اختلفا في البذل أو في المبدل لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على مامر ، والإجارة قبل القبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلاهما قبل استيفاء المنفعة (فإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ يمين المستاجر) لأنه منكر لوجوب الأجرة

إلا بالراضى ولم يوجد أى الراضى (فوجبت القيمة) أى قيمة الجارية (وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادأ) هذا لفظ القدورى في مختصره . قال المصنف (معناه اختلفا في البذل) أى الأجرة (أو في المبدل) أى المعقود عليه وهو المنفعة ، وهذا احتراز عن اختلافهما في الأجل ، فإنه لا يجرى التحالف بينهما فيه ، بل القول فيه قول من ينكر الزيادة . كذا في النهاية ومراجع الدراية . ثم إن الظاهر أن يزيد المصنف على قوله في البذل أو المبدل أو فيها كما زاده صاحب الكافي ليتناول الصورة الثلاثة الآتية ، فكانه أراد بقوله في البذل أو المبدل منع الخلو احترازاً عما ذكرناه آنفاً لا منع الجمع فيتناولها أيضاً فندبر (لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس) من حيث أن كل واحد من المتبايعين منكر لما يدعي صاحبه فكان العين على من أنكر (على مامر) أى في أول هذا الباب (والإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع) من حيث أن كل واحد منهما عقد معاوضة يلحقه الفسخ ليس فيه معنى التبرع (وكلاهما قبل استيفاء المنفعة) لأن وضع مسئلتنا في الاختلاف في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه فصار الاختلاف في الإجارة قبل قبض المنفعة كالاختلاف في البيع قبل قبض المبيع فجرى التحالف هاهنا كما جرى ثمة . فإن قيل : قيام المعقود عليه شرط التحالف والمنفعة مدومة فوجب أن لا يجرى فيها التحالف . قلنا : في معدوم يجرى التحالف كما في السلم وأن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في حق إيراد العقد عليها فصارت كأنها قائمة ، كذا ذكره الإمام الرضى في التبيين (فإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ يمين المستاجر لأنه منكر لوجوب الأجرة) أى لوجوب زيادة الأجرة على حذف المضاف . قال صاحب النفاة أخذنا من شرح تاج الشريعة : فإن قيل : كان الواجب أن يبدأ يمين الأجر لتسليم فائدة النكول ، فإن تسليم المعقود عليه واجب أولاً على الأجر ثم وجبت الأجرة على المستاجر بعده . أوجب بأن الأجرة إن كانت مشروطة بالتصجيل فهو الأسبق لإنكاراً فيبدأ به ، وإن لم تشترط لا يمنع الأجر من تسليم العين المستأجرة لأن تسليمه لا يتوقف على قبض الأجرة فيبى إنكار المستاجر لزيادة الأجرة فيحلف انتهى . وقد اتفق أثره الشارح العيني . أقول : في الجواب بحث من وجوه : الأول أن المؤجر وإن لم يمنع من تسليم العين المستأجرة بما ادعاه من الأجرة ولكن يمنع من تسليمها بما اعترف به المستاجر منها فإن تسليمه إياها وإن لم يتوقف على قبض الأجرة إلا أنه يتوقف على تعينها وإلا لم يكن المؤجر منكر لوجوب تسليم المعقود عليه بما عينه المستاجر فيلزم أن لا تكون الإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وهذا خلف . والثاني أن ما ذكره هاهنا مقروض بما إذا اختلف المتبايعان في المبيع دون الثمن فإن المشتري هناك أيضاً لا يمنع من تسليم الثمن بناء على أن تسليمه لا يتوقف على قبض المبيع مع أنه يبدأ فيه يمين المشتري كما يبدأ يمينه في صورة الاختلاف في الثمن ، ويعمل بتصجيل فائدة النكول . والثالث أن قوله فيبى إنكار المستاجر لزيادة الأجرة فيحلف إن أراد به أنه لا إنكار للمؤجر أصلاً كما هو المتبادر من العبارة فليس بصحيح ، إذ يلزم من حيثئذ أن لا يحلف المؤجر أصلاً فيختل وضع المسئلة لأن وضعها

إلا بالراضى ولم يوجد فوجبت القيمة . قال (وإن اختلفا في الإجارة الثمن) إذا اختلفا في الإجارة في البذل : أى الأجرة أو المبدل ، فلما أن يكون قبل استيفاء كل المعقود عليه أو بعد استيفاء بعضه ، فن أقام البينة قبلت بينته لأنه نوز بهواه بالحجة . وإن أمامها ، فإن كان الاختلاف في الأجرة فيبى المؤجر أولى لأنها تثبت الزيادة ، وإن كان في المنفعة فيبى المستاجر كذلك ، وإن كان فيما قبلت بينة كل واحد منهما فيا يدعيه من الفضل مثل أن يدعى هذا شهراً بعشرين وذاك شهرين بعشرة فيقبض

(قوله هذا شهراً بعشرين وذاك الخ) أقول : قوله هذا إشارة إلى المؤجر وذاك إشارة إلى المستاجر .

(وإن وقع في المنفعة يبدأ يمين المؤجر ، وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه ، وأيهما أقام البيعة قبلت ، ولو أقامها في فينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة ، وإن كان في المنافع ففينة المستأجر أولى ، وإن كان فيهما قبلت بيعة كلي واحدهما فيها يدعيه من الفضل) نحو أن يدعى هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة . قال (وإن اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا

في التحالف لا في حلف الواحد . وإن أراد به أن للمؤجر أيضا إنكارا إلا أن في إنكار المستأجر ما يقتضي البدء يمينه فهو أول المسئلة ولم يظهر بعد . ثم إن تاج الشريعة أجاب بعد الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال : ولأن الإجارة اعتبرت بالبيع ، ومن شرط القياس أن لا يغير حكم النص في الفرع بل يعدى حكم الأصل بعينه وذلك فيما قلنا انتهى . أقول : وفيه أيضا بحث لأن هذا مقتضى بالصورة الثانية الآتية ، وهي ما إذا وقع الاختلاف في المنفعة فإنه يبدأ فيها يمين المؤجر فيلزم مما ذكر أن يغير فيها حكم النص ، وأن لا يعدى حكم الأصل بعينه فإن حكمه أن يبدأ يمين المشتري من غير فصل بين أن يقع الاختلاف في البذل وأن يقع في المبدل على ما مر . ثم إن التحقيق أن حكم النص مجرد ثبوت التحالف للمتاقلين عند اختلافهما في العقد من غير تعيين من يبدأ ينسبه منهما ، ولما يستفاد ذلك من دليل آخر فلا يلزم تغيير النص في شيء من صورتين ولا يتم الجواب (وإن وقع) أي الاختلاف (في المنفعة بدئ يمين المؤجر) لأنه منكر لزيادة المنفعة (وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه) لأن نكوله بدل أو إقرار على ما مر (وأيهما أقام البيعة قبلت) لأنه تور دعواه بالحسبة (ولو أقامها) أي البيعة (ففينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة) لأن بينته تثبت الزيادة حينئذ (وإن كان) أي الاختلاف (في المنافع ففينة المستأجر) أي ففينة المستأجر أولى لأنها تثبت الزيادة حينئذ (وإن كان فيها) أي وإن كان الاختلاف في الأجرة والمنافع معا (قبلت بيعة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو أن يدعى هذا) أي المؤجر (شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة) لا يقال : كان الأحسن أن يقدم ذكر أحوال إقامة البيعة على ذكر أحوال العين والنكول لأن المصير إلى العين بعد العجز عن إقامة البيعة والنكول فرع تكليف العين وقد عكس المصنف الأمر . لئلا نقول : العدة في هذا الباب بيان أمر التحالف وباقى الأقسام استطرادى ، فقدم الأهم في هذا المقام ، فكان صاحب العناية لم يقنعه هذه النكته حيث غير أسلوب المصنف فقدم ذكر أحوال إقامة البيعة (قال) أي القدوري في مختصره (وإن اختلفا بعد الاستيفاء) أي بعد استيفاء المعقود عليه بهما (لم يتحالفا

بشهرين بعشرين ، وإن عجزا تحالفا وترادى في الأول لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس كما مر ، والإجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع في كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ ، فإن وقع الاختلاف في الأجرة بدئ يمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الزيادة ، فإن قيل : كان الواجب أن يبدأ يمين الآجر لتسجيل فائدة النكول فإن تسليم المعقود عليه واجب أولا على الآجر ثم وجبت الأجرة على المستأجر بعده . أجيب بأن الأجرة إن كانت مشروطة التعجيل فهو الأسبق إنكارا فيبدأ به ، وإن لم تشترط لا يمنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لأن تسليمه لا يتوقف على قبض الأجرة فبئى إنكار المستأجر لزيادة الأجرة فيحلف ، وإن وقع الاختلاف في المنفعة بدئ يمين الآجر لذلك ، وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه ولم يتحالفا في الثاني والقول قول المستأجر . وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر ، لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على أصلهما ، وكذا على أصل محمد ، لأن فائدة التحالف فسخ العقد والمقد يقتضى وجود المعقود عليه أو ما قام مقامه من القيمة وليس شيء منها موجود في الإجارة . أما المعقود عليه وهو المنفعة فلا أنه عرض لا يبق زمانين ، وأما ما يقوم مقامه فلا أن المنافع لا تقوم بنفسها

(قوله يقبل الفسخ) أقول : والإجارة بعد الاستيفاء لا تقبل الفسخ (قوله واجب أولا على الآجر) أقول : فهو أسبق إنكارا (قوله فيبدأ به) أقول : مع تسجيل فائدة النكول أيضا (قوله لأن تسليمه لا يتوقف على) أي : لكن يتوقف على تعيينها فيمنع قبله ، كيف ولو صح ما ذكره لم يكن للمؤجر في معنى البائع ، إذ لا ينكر سنده وجوب تسليم المعقود عليه بما عين من الأجرة فلا يستقيم القياس هذا خلاف . (٣٠ - تكملة فتح القدير ج ١ - ٨)

وكان القول قول المستأجر (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر ، لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما ، وكذا على أصل محمد لأن الهلاك إنما لا يمنع عنده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ، ولو جرى التحالف هاهنا وفسخ العقد فلا قيمة لأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالمقد وتبين أنه لا عقد . وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه (وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر) لأن المقد ينقصد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها ، بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة ، فإذا تمدر في البعض تمدر في الكل . قال (وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة . وقالوا : يتحالفا وتفسخ الكتابة) وهو قول الشافعي لأنه عقد معاوضة يقبل التسخ فأنشبه البيع ، وإجماع أن المولى يدعى بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعى استحقاق العتق عليه

وكان القول قول المستأجر ، وهذا) أي عدم التحالف هاهنا (عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر ، لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما) وقد هلك المعقود عليه هاهنا بعد الاستيفاء لأنه المنفعة وهي عرض والعرض لا يبقى زمانين (وكذا على أصل محمد لأن الهلاك إنما لا يمنع عنده في المبيع لما أن له أي السعي (قيمة تقوم مقامه) لأن العين مقومة بنفسها فكانت القيمة قائمة مقامها (فيتحالفان عليها) أي فيتحالف المتعاقدان عنده على القيمة (ولو جرى التحالف هاهنا وفسخ العقد بناء على أن فائدة التحالف هي التسخ (فلا قيمة أي للمعقود عليه (لأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالمقد أي بل تقوم بالمقد (وتبين أنه لا عقد) أي وتبين لمفهومها أنه لا عقد بينهما لأنفساه من الأصل ، فظهر حينئذ أنه لا قيمة للمنفعة ، وإذا كان كذلك كان المبيع غير قائم ولا الذي يقوم مقامه فامتنع التحالف (وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه) أي هو الذي استحق عليه ، ومنى وقع الاختلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه ، كذا في الكافي (وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر) هذا لفظ القدوري في مختصره . قال المصنف في تعليقه (لأن العقد) أي عقد الإجارة (ينقصد ساعة فساعة) على حسب حدوث المنفعة (فيصير) أي العقد (في كل جزء من المنفعة كان ابتداء المقد عليها) أي على كل جزء من المنفعة فصار ما بقي من المنافع كالمنفرد بالمقد فكان الاختلاف بالنسبة إليه قبل استيفاء المعقود عليه ، وفيه التحالف . وأما الماضي فالقول فيه قول المستأجر لأن المنافع الماضية هالكة ، فكان الاختلاف بالنسبة إليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه ، والقول قول المستأجر بالاتفاق كما مر آنفا (بخلاف البيع لأن المقد فيه دفعة واحدة ، فإذا تمدر في البعض تمدر في الكل) ضرورة (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة) والقول للعبد مع يمينه ، كذا في الكافي وغيره (وقالوا : يتحالفا وتفسخ الكتابة) وهو قول الشافعي لأنه عقد معاوضة يقبل التسخ فأنشبه البيع ، وإجماع أن المولى يدعى بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعى استحقاق العتق عليه)

بل بالمقد وتبين لمفهومها أن لا عقد بينهما لأنفساه من أصل العقد فلا يكون لها قيمة يرد عليها التسخ ، وإذا امتنع التحالف فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه ، وفي الثالث يتحالفا ، وفسخ العقد فيما بقي لأن المقد ينقصد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء المقد عليها ، فكان الاختلاف بالنسبة إلى ما بقي قبل استيفاء المنافع وفيه التحالف . وأما الماضي فالقول فيه قول المستأجر لأن المنافع الماضية هالكة ، فكان الاختلاف بالنسبة إليها بعد الاستيفاء ، ولا تحالف فيه والقول قول المستأجر بالاتفاق . بخلاف البيع لأن العقد ينقصد فيه دفعة واحدة ، فإذا تمدر في البعض تمدر في الكل . قال (وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة الخ) إذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة ، وقالوا :

(قال المصنف : لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما ، وكذا على أصل محمد) أقول : لم يستدل على عدم جريان التحالف بعد الاستيفاء

عند أداء القدر الذى يدعيه والمولى ينكره فيتخالفان كما إذا اختلفا فى الثمن . ولأى حنيقة أن البذل مقابل بفك الحجر فى حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وإنما يتقلب مقابلا بالعتق عند الأداء قبله لا لمقابلة فى اختلافها فى قدر البذل لاغير فلا يتخالفان . قال (وإذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فإ يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة) لأن الظاهر شاهد له (وما يصلح

أى حل المولى) عند أداء القدر الذى يدعيه والمولى ينكره فيتخالفان كما إذا اختلفا (أى المتبايعان) فى الثمن . ولأى حنيقة أن البذل (أى بدل الكتابة (مقابل بفك الحجر) لأن الكتابة عقد معاوضة ، وقد وجب بدل الكتابة على العبد فيجب أن يثبت للعبد أيضا شيء وما ذلك إلا فك الحجر (فى حق اليد والتصرف للحال) اللام فى الحال متعلق بمقابل أى مقابل للحال (هو) أى فك الحجر فى حق اليد والتصرف (سالم للعبد) لاتفاق العبد والمولى على ثبوت الكتابة (وإنما يتقلب) أى بدل (مقابل بالعتق عند الأداء) أى عند أداء المكاتب بدل الكتابة بتمامه (قبله) أى قبل الأداء (لا مقابلة) أى لا مقابلة بالعتق وإلا لعتق قبل الأداء وليس كذلك قطعا ، وكان هذا نظير لإجارة الدار حيث جعلنا رقية الدار فى ابتداء العقد فى الإجارة أصلا لم ينقل منها إلى المنفعة وهى المطلوبة آخرها ، فكذا فى الكتابة جعلنا الفك فى حق اليد والتصرف أصلا فى ابتداء العقد ، ثم عند الأداء جعلنا العتق أصلا وانتقل من فك الحجر إلى العتق ، كذا فى النهاية والكفاية (فى اختلافهما فى قدر البذل لاغير) يعنى إذا كان ما يقابل البذل فى الحال سالما للعبد فقد بنى أهلهما اختلافا فى قدر البذل لاغير (فلا يتخالفان) لأن العبد لا يدعى شيئا على المولى ، بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقرول قول المنكر مع يمينه ، وإن أقام أحدهما بيعة تقبل بيئته لأنه نوزع دعواه بها . وإن أقاما البيعة كانت بيعة المولى أولى لأنها تثبت الزيادة ، إلا أنه إذا أدى قدرا أقام البيعة عليه يعنى لأنه أثبت الحرية لنفسه عند أداءه القدر فوجب قبول بيئته على ذلك فصار نظير ما لو كاتبه على ألف درهم على أنه إن أدى خمسمائة يعنى ، ولا يمنع أن يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرناه ، وكما لو استحق بدل الكتابة فإن الحرية لا ترتفع بعد الزول ويجب عليه البذل ، كذا ذكره الإمام الزيلعى فى التبيين (قال) أى القدورى فى مختصره (وإذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فإ يصلح للرجال فهو للرجل) أى مع اليمين ، وكذا فى جانب المرأة ، كذا فى النهاية ومراجع الدراية نقلا عن الإمام قاضى خان والإمام الترمذى (كالعمامة) والقنيسوة والقباء والكتب والقوس والدرع والمنطقة ونحوها (لأن الظاهر شاهد له) وفى الدهاوى القول قول من يشهد له الظاهر (وما يصلح

يتخالفان وتفسخ الكتابة ، وهو قول الشافعى لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع ، والجائع بينهما أن المولى يدعى بدلا زائدا ينكره العبد ، والعبد يدعى استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذى يدعيه والمولى ينكره ، فكان كالبيع الذى اختلف الماعقذان فيه فى الثمن فيتخالفان . ولأى حنيقة أن الكتابة عقد معاوضة وجب به البذل على العبد فى مقابلة فك الحجر فى حق اليد والتصرف فى الحال وهو سالم للعبد باثناقيهما على ثبوت الكتابة ، وإنما يتقلب مقابلا بالعتق عند الأداء ، وهذا لأن البذل لا بد له من مبدل وليس فى العبد سوى اليد والرقبة ، فلو كان البذل مقابلا لرقبة الحال لعتق عند تمام العقد كما فى البيع فإن المشتري يملك رقية المبيع عند تمامه ، وليس كذلك فتميز أن يكون الحال مقابلا ليد ثم يتقلب مقابلا للعتق عند الأداء قبله لا لمقابلة فى اختلافهما فى قدر البذل لاغير لأن العبد لا يدعى شيئا بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة ، والقرول قول المنكر . قال (وإذا اختلف الزوجان فى متاع البيت (الخ) إذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فإ يصلح للرجال كالعمامة والقوس والدرع والمنطقة فهو للرجل ، لأن الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء كالرقابة وهى المعجزة ، وهى ما تشده المرأة على استدارة رأسها كالعمامة ، سميت بذلك لأنها تنهى الخمار ، وكالمحقة فهى للمرأة مع اليمين لشهادة الظاهر لها . قال الإمام الترمذى (إذا كان الرجل

بكوله حل خلافت القياس بعد القيس كما سبق مع أنه المنسوب لتعليل المسئلة السابقة إذ لا يملك ملحق عبده فإنه يرى النفس معلولا بعد القيس حل ما سلف يتأمل (قوله سميت بذلك لأنها تنهى الخمار الخ) أقول : يعنى إنما سميت بالرقابة لأنها تنهى الخمار (قوله لا إذا كان الرجل

للنساء فهو للمرأة كالوقاية) لشهادة الظاهر لها (وما يصلح لها كالأنية فهو للرجل) لأن المرأة وما في يدها في الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد : بخلاف ما يخص بها لأنه يعارض ظاهر أقوى منه ، ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفقرة (فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجل والنساء فهو للباقي منهما) لأن اليد للحي دون الميت . وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة .

للنساء فهو للمرأة كالوقاية) والدرع والحمار والملحفة والملاعة ونحوها (لشهادة الظاهر لها) قال الإمام الترمذى : إلا إذا كان الرجل صانعا وله أساور وخواتيم النساء والحلى والخللخا وأمثال ذلك ، فحينئذ لا يكون مثل هذه الأشياء لها ، وكذلك إذا كانت المرأة تباع ثياب الرجال ، كذا في الشروح وما يصلح لها كالأنية) والذهب والفضة والأمتعة والمقار ونحوها (فهو للرجل لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج) لأنه قوام عليها والسكنى تصاف إليه (والقول في الدعاوى لصاحب اليد) ألا يرى أنه لو تنازع اثنتان في شيء وهو في يد أحدهما كان القول قوله كذا هنا (بخلاف ما يخص بها) أى بالنساء (لأنه يعارضه) أى يعارض ظاهر الزوج باليد (ظاهر أقوى منه) وهو يد الاختصاص بالاستعمال فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا في ثوب أحدهما لا بسبه والآخر متعلق بكه فإن اللابس أولى ، كذا في الكافي وغيره . قال صاحب العناية : ويندفع بهذا ما إذا اختلف المطار والإسكاف في آلات الأساكفة والمطارين وهى في أيديهما فلها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ، ولم يرجع بالاختصاص لأن المراد به ما هو بالاستعمال : ولم نشاهد استعمال الأساكفة والمطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في أيديهما على السواء فجعلناها نصفين انتهى . أقول : فيه كلام ، وهوان مقتضى هذا الفرق لزوم كون استعمال الزوج والمرأة مشاهدا فيما نحن فيه ، مع أن الظاهر مما ذكر في هذا الكتاب ، وفي سائر المعثورات أن مجرد الصلاحية لأحدهما كاف في الرجوع وإن لم نشاهد استعماله (ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفقرة) أى لا فرق بينهما فيما مر من الجواب . ثم إن ما ذكر حكم الاختلاف قبل موت أحدهما (فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجل والنساء فهو للباقي منهما) أيهما كان (لأن اليد للحي دون الميت) أى لا يد للميت (وهذا الذي ذكرناه) يعنى من حيث الحمل لا من حيث التفصيل (قول أبي حنيفة) لأن المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة ، فإن كون ما يصلح للرجل والمرأة فهو للرجل وما

صافا وله أساور وخواتيم النساء والحلى والخللخا وأمثال ذلك ، فحينئذ لا يكون مثل هذه الأشياء لها ، وكذلك إذا كانت المرأة تباع ثياب الرجال (وما يصلح لها كالأنية) والذهب والفضة والأمتعة والمقار (فهو للرجل لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج ، والقول في الدعاوى لصاحب اليد) بخلاف ما يخص بها لأنه يعارض ظاهر الزوج باليد (ظاهر أقوى منه) وهو يد الاختصاص بالاستعمال ، فإن ما هو صالح للرجل فهو مستعمل للرجل ، وما هو صالح للنساء فهو مستعمل للنساء ، فإذا وقع الاشتباه يرجع بالاستعمال . ويندفع بهذا ما إذا اختلف المطار والإسكاف في آلات الأساكفة والمطارين وهى في أيديهما فلها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ، ولم يرجع بالاختصاص لأن المراد به ملو بالاستعمال لا بالشبه ، ولم نشاهد استعمال الأساكفة والمطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في أيديهما على السواء فجعلناها بينهما نصفين (ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد الفقرة) فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح لها فهو للباقي منهما) أيهما كان (لأن اليد للحي دون الميت ، وهذا الذي ذكرناه) يعنى من حيث الحمل لا التفصيل (قول أبي حنيفة) لأن المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة ، فإن كون ما يصلح للرجل والمرأة فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالإجماع فلا اختصاص

صانعا الخ) أقول : قال الترمذى : إلا إذا كان الزوج يبيع هذه الأشياء فلا يكون القول قولها لتعارض الظاهرين انتهى ، بل يكون القول قوله مع يمينه . ثم قال الترمذى : وكذا إذا كانت المرأة تباع ما يصلح للرجل لا يكون القول قوله في ذلك انتهى . بل يكون القول قولها مع يمينها (قوله لأن المراد به ما هو بالاستعمال الخ) أقول : فيه تأمل ، فإننا لم نشاهد الاستعمال في حاث اليتم أيضا بل استدلنا على الاستعمال بالصلاحية مع أن المرأة وما في يدها في يد الزوج وهناك الآلات في أيديهما على السواء . ثم علم أن التفسير في به في قوله لأن المراد به

وقال أبو يوسف : يدفع إلى المرأة مايجب به مثلها ، والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتى بالجهاز وهذا أقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ، ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر (والطلاق والموت سواء) لقيام الورثة مقام مورثهم (وقال محمد : ما كان للرجال فهو للرجل ، وما كان للنساء فهو للمرأة ، وما يكون لهما فهو للرجل أو لورثته) لما قلنا لأبي حنيفة (والطلاق والموت سواء) لقيام الوارث مقام المورث (وإن كان أحدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة) لأن يد الحر أقوى (وللحي بعد الممات)

يصلح للنساء فهو للمرأة بالإجماع فلا اختصاص له بذلك ، كذا في العناية (وقال أبو يوسف : يدفع إلى المرأة مايجب به مثلها) وهذا الذي ذكره أبو يوسف في المشكل ، وأما فيما يخص به كل واحد من الزوجين فقوله كقولهما من غير اعتبار جهاز مثلها ، هكذا ذكر في المبسوط وشروح الجامع الصغير ، وفي لفظ الكتاب نوع تحليط حيث لم يذكر قول أبي يوسف هذا فيما ذكر قولهما في حق المشكل ، وكان من حقه أن يقول : وما يصلح لهما كالأثنية فهو للرجل. وقال أبو يوسف : يدفع للمرأة مايجب به مثلها ، كذا في النهاية ومراجع الدراية (والباقي) أى من المشكل (للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتى بالجهاز) لتعليل لقوله يدفع إلى المرأة مايجب به مثلها (وهذا أقوى) أى هذا الظاهر ، وهو أن المرأة تأتى بالجهاز ظاهر قوى لجريان العادة بذلك (فيبطل به ظاهر يد الزوج) وهو يد (ثم في الباقي لا معارض لظاهره) أى لظاهر الزوج (فيعتبر) وقوله ثم في الباقي إلى هنا لتعليل لقوله والباقي للزوج مع يمينه (والطلاق والموت سواء) أى عند أبي يوسف (لقيام الورثة مقام مورثهم . وقال محمد : ما كان للرجال فهو للرجل ، وما كان للنساء فهو للمرأة ، وما يكون لهما فهو للرجل) أى إن كان حيا (أو لورثته) إن كان ميتا (لما قلنا لأبي حنيفة) من الدليل وهو أن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد ، وهذا بالنسبة إلى الحياة . وأما بالنسبة إلى الممات فقوله (والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث) وذكر في الفوائد : محمد يقول : ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لأنهم خلفاؤه في ماله ؛ فكان أن في المشكل القول قوله في حياته فكذلك بعد مماته كان القول قول قول ورثته ، وأبو حنيفة يقول : يد الباقي منهما إلى المتاع أسبق ، لأن الوارث إنما يثبت يده بعد موت المورث ، وكما يقع الترجيح فيما نحن فيه بقوة اليد نظرا إلى صلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح بسبق اليد لأن يد الباقي منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث ، فهذا نوع من الترجيح فكان المشكل للباقي منهما ، كذا في النهاية ومراجع الدراية (وإن كان أحدهما) أى أحد الزوجين (مملوكا) أى سواء كان عبدا أو مملوكا أو مملوكا أو مملوكا (فالمتاع للحر في حالة الحياة لأن يد الحر أقوى) لكون اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والأقوى أولى ، ولهذا قلنا في الحرين ، فما يصلح لرجل فهو لرجل لقوة يده فيه ، وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك ، كذا في العناية (وللحي بعد الممات) أى والمتاع للحي

له بذلك ، وحل هذا قوله (وقال أبو يوسف : يدفع إلى المرأة مايجب به مثلها) معناه ما يصلح لها (والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتى بالجهاز وهذا ظاهر (أقوى) لجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج ، وأما في الباقي فلا معارض لظاهره فكان معتبرا (والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم . وقال محمد : ما كان للرجال فهو للرجل ، وما كان للنساء فهو للمرأة ، وما يصلح لهما فهو للرجل إن كان حيا أو لورثته) إن كان ميتا (لما قلنا لأبي حنيفة) من الدليل وهو أن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد ، وهذا بالنسبة إلى الحياة ، وأما بالنسبة إلى الممات فقوله (والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث ، وإن كان أحدهما مملوكا فالمتاع للحر في حال الحياة لأن الحر أقوى) لكون اليد يد نفسه من وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والأقوى أولى ، ولهذا قلنا في الحرين : فما يصلح للرجل فهو للرجل لقوة يده فيه ، وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك (وللحي) منها (بعد الممات) حرا كان أو مملوكا ، هكذا وقع في عامة نسخ

لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر) لأنهما يدا معتبرة في الخصومات .

(فصل فيمن لا يكون خصما)

(وإن قال المدعى عليه هذا الشيء أودعني فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام بيته على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعى)

بعد المات حراً كان الميت أو مملوكاً ، هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير . وقال الإمام فخر الإسلام وهمس الأئمة والحرّ بعد المات . ثم قال خمس الأئمة : وقع في بعض النسخ : للحيّ منهما وهو سهو ، كذا في الشروح . واعتار المصنف عتار العامة واستدل عليه بقوله (لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض) فكان المتاع له (وهذا) أي ما ذكر من جواب المسئلة بلا فصل بين العبد المحجور والعبد المأذون والمكاتب (عند أبي حنيفة وقالوا : العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحرّ لأنهما يدا معتبرة في الخصومات) ولهذا لو اختصم الحرّ والمكاتب في شيء هو في أيديهما قضى به بينهما لاستوائهما في اليد ، ولو كان في يد ثالث وأقام البيّة استويا فيه ، فكما لا يرجع الحرّ بالحرية في سائر الخصومات فكذا في متاع البيت . والجواب أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه ، والحرّ في السكنى أصل دون المملوك فلا تعارض بينهما . كذا في العناية .

(فصل فيمن لا يكون خصما)

لما ذكر أحكام من يكون خصما شرع في بيان من لا يكون خصما لمناسبة المضادة بينهما ، وقدم الأول لكون ذكره العمدة في المقام لأن الكتاب كتاب الدعوى وهي عبارة عن الخصومة . وأما ذكر الثاني فليتبين به الأول ، إذ الأشياء تتبين بأضدادها . فإن قيل : الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما أيضا . قلنا : نعم ، لكن من حيث الفرق لا من حيث القصد الأصلي (وإن قال المدعى عليه هذا الشيء أودعني فلان الغالب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام بيته على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعى) (هذا لفظ القدوري : يعني إذا ادعى رجل عينا في يد رجل أنه ملكه فقال المدعى عليه الذي هو ذو اليد هذا الشيء

شروح الجامع الصغير . وقال الإمام فخر الإسلام وهمس الأئمة : والحرّ بعد المات . ثم قال خمس الأئمة : وقع في بعض النسخ للحيّ منهما وهو سهو ، والمصنف اختار اختيار العامة ، واستدلّ بقوله (لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا : العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحرّ لأنهما يدا معتبرة في الخصومات) ولهذا لو اختصم الحرّ والمكاتب في شيء في أيديهما قضى به بينهما لاستوائهما في اليد ، ولو كان في يد ثالث وأقام البيّة استويا فيه ، فكما لا يرجع الحرّ بالحرية في سائر الخصومات فكذلك في متاع البيت . والجواب أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحرّ في السكنى أصل دون المملوك فلا تعارض بينهما .

(فصل فيمن لا يكون خصما)

آخر ذكر من لا يكون خصما عن يكون خصما لأن معرفة الملكات قبل معرفة الإعدام . فإن قيل : الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما أيضا . قلت : نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد الأصلي . قال (وإن قال المدعى عليه هذا الشيء أودعني الخ) (إذا ادعى عينا في يد رجل أنها ملكه فقال المدعى عليه هذا الشيء أودعني فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه

(قوله فلا تعارض بينهما) أقول : ينبغي أن يحلّ بالمشكل ولا ينتفع بما لا يصلح للردّ .

(فصل فيمن لا يكون خصما)

(قوله لا من حيث القصد الأصلي) أقول : كما يشهد العنوان .

وكذا إذا قال أجرني وأقام البيعة لأنه أثبت بيئته أن يده ليست بيد خصومة . وقال ابن شبرمة : لا تندفع انحصومة لأنه تعلم لإثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع انحصومة بناء عليه . قلنا : مقتضى البيعة شيان ثبت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ، ودفع خصومة المدعى وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة وإقامتها البيعة على الطلاق

أودعيه فلان الغائب أو رهنه عندى أو غيبته منه وأقام على ذلك بيعة فلا خصومة بينه وبين المدعى . قال المصنف (وكذا إذا قال أجرني وأقام البيعة) أى إذا قال المدعى عليه أجرني فلان الغائب وأقام على ذلك بيعة فلا خصومة بينه وبين المدعى أيضا . وقال في النهاية : وكذا إذا قال المدعى عليه إنه عارية عندى أو ما أشبه ذلك ، وكذا في الذخيرة انتهى (لأنه أثبت بيئته أن يده ليست بيد خصومة) تعليل لمجموع المسائل المذكورة : يعنى أن المدعى عليه أثبت بيئته أن يده ليست بيد خصومة ، وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم . قال الإمام الزيلعى في التبيين بعد ذكر هذا الدليل : فصار كما إذا أقر المدعى بذلك أو أثبت ذو اليد إقراره به ، ثم قال : والشرط لإثبات هذه الأشياء دون الملك ، حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الأشياء لم تندفع انحصومة وبالعكس تندفع انتهى (وقال ابن شبرمة : لا تندفع) أى انحصومة وإن أقام البيعة على ما قال (لأنه تعلم لإثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه) أى عن الغائب لأن الغائب لم يوكله بإثبات الملك له : يعنى أن ذا اليد أثبت بيئته الملك للغائب وإثبات الملك للغائب بدون خصم عنه متعذر ، إذ لا ولاية لأحد في إدخال الشيء في ملك غيره بلا رضاه (ودفع انحصومة بناء عليه) أى على إثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر (قلنا) أى في الجواب عما قاله ابن شبرمة (مقتضى البيعة شيان) أحدهما (ثبت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ، و) ثانيهما (دفع خصومة المدعى وهو) أن المدعى عليه (خصم فيه فيثبت) أى فيثبت دفع انحصومة في حقه ، وبناءا على الأول ممنوع لانفكاكه عنه ، وقد أشار إليه بقوله (وهو كالوكيل بنقل المرأة) أى إلى زوجها (وإقامتها) عطف على الوكيل أى وإقامة المرأة (البيعة على الطلاق) يعنى أن ما نحن فيه نظير ما إذا وكل وكيلًا بنقل امرأته إليه

أو أجرني أو أعارني وأقام على ذلك بيعة فلا خصومة بينه وبين المدعى . وقال ابن شبرمة : لا تندفع وإن أقامها . وقال ابن أبي ليلى : تندفع بمجرد الإقرار . وقال أبو يوسف : إن كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا من دفع انحصومة ، وإن كان هتالا فكما قال ابن شبرمة : ثم إذا شهد الشهود فلما أن يقولوا أودعه فلان يعرفونه باسمه ونسبه : أو رجل مجهول لا نعرفه ، أو رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ، ففي الفصل الأول تقبل شهادتهم ، وفي الثاني لا تقبل بالاتفاق ، وبالثالث كالثاني عند محمد وكالأول عند أبي حنيفة ، وهذه خمسة أقوال لهذه المسئلة بمخسة كتاب الدعوى ، وقيل لقت بذلك للوجه الخمسة المذكورة آنفا . وجه ظاهر الرواية وهو المذكور أولا أن المدعى عليه أثبت بيئته أن يده ليست بيد خصومة ، وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم . ووجه قول ابن شبرمة أنه أثبت بيئته الملك للغائب ، وإثبات الملك للغائب بدون خصم متعذر إذ ليس لأحد ولاية إدخال شيء في ملك غيره بغير رضاه ، ودفع انحصومة بناء على إثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر . والجواب أن مقتضى هذه البيعة شيان : ثبت الملك للغائب ولا خصم فيه فلا يثبت ، ودفع انحصومة عن نفسه وهو خصم فيه ، وبناءا على الثاني على الأول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل بنقل المرأة إلى زوجها إذا أقامت البيعة على الطلاق فإنها تقبل لتصرفه

(قوله وقال ابن شبرمة ، إلى قوله ، وقال ابن أبي ليلى) أقول : في القاموس الشبرمة بالنسب : السورة وما نشر من الحبل والنزل انتهى . قال العلامة الإتقاني : ابن أبي ليلى وابن شبرمة من فقهاء التابعين بالكوفة ، ولد جده أبا بن شبرمة سنة اثنين وسبعين من الهجرة ومات سنة أربع وأربعين ومائة ، ومحمد بن جده الرعي بن أبي ليلى قاضي الكوفة وله سنة أربع وسبعين ومات سنة ثمان وأربعين ومائة ، وكذا في كتاب طبقات الفقهاء انتهى (قوله وقيل لقت بذلك للوجه الخمسة الخ) أقول : يعنى الإبداع والبرهن والتعصب والإجاعة والإعارة (قوله وجه ظاهر الرواية الخ) أقول : فيه أنه لم يثبت من ذكر رواية غير ظاهرة عن أصحابنا . ثم ما ذكر من أبي يوسف خلاف ظاهر الرواية عنه ، فيه عليه في النهاية وغيره ، فكان الأولى بهذا الشارح أن يبين أيضا (قوله وبناءا على الأول ممنوع الخ) أقول : فيما إذا كان المدعى وقفا على أحد لفريقين أو مشريا بالمعالي ولا خيار البائع فأقام ذو اليد البيعة على أن المتكوى أو المشتري أودعه (قوله كالوكيل بنقل المرأة الخ) أقول : في صلاح السند السنية كلام لا يخفى لعدم ممانته .

كما بيناه من قبل ، ولا تندفع بدون إقامة البينة كما قاله ابن أبي ليلى لأنه صار خصما بظاهر يده ، فهو بإقراره يريد أن يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق إلا بالحجة ، كما إذا ادعى تحول الدين من ذمته إلى ذمة غيره . وقال أبو يوسف رحمه الله : إن كان الرجل صالحا فالجواب كما قلناه ، وإن كان معروفا بالخيل لا تندفع عنه الخصومة لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله إلى مسافر يودعه إياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لإبطال حق غيره ، فإذا اتهمه القاضي به لا يقبله .

فأقامت المرأة بينة أن الزوج طلقها فإن يثبتها تقبل لتصرف الوكيل عنها ، ولا تقبل في وقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب (كما بيناه من قبل) أي في باب الوكالة بالخصومة والقبض ، فكذلك فيما نحن فيه تقبل البينة لدفع خصومة المدعي عن المدعى عليه ، ولا تقبل في إثبات الملك للغائب ، وهذا لأن مقصود المدعي عليه بإقامة البينة ليس لإثبات الملك للغائب ، إنما مقصوده بها إثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة ، وفي هذا المدعي خصم له فيجعل إثباته عليه بمنزلة إقرار خصمه بذلك (ولا تندفع) أي الخصومة (بدون إقامة البينة كما قال ابن أبي ليلى) فإنه قال باندفاعها بمجرد إقرار المدعي عليه للغائب بدون إقامة البينة . وجه قوله إن ذا اليد أقر بالملك لغيره والإقرار يوجب الحق بنفسه فخلوه عن التهمة ، فتبين أن يده يد حفظ فلا حاجة إلى البينة . ووجه الجواب عنه ما ذكره المصنف بقوله (لأنه) أي ذا اليد (صار خصما بظاهر يده) ولهذا كان للقاضي إحضاره وتكليفه بالجواب (فهو بإقراره يريد أن يحول حقا مستحقا على نفسه) فهو منهم في إقراره (فلا يصدق إلا بحجة كما إذا ادعى تحول الدين من ذمته إلى ذمة غيره) بالحوالة فإنه لا يصدق هناك فكذلك هنا . لا يقال : يلزم إثبات إقرار نفسه ببينته وهو غير معهود في الشرع لأننا نقول البينة لإثبات اليد الحافظة التي أنكرها المدعي لإثبات الإقرار ، كذا في العناية . واستشكل بعض الفضلاء قوله في السؤال وهو غير معهود في الشرع حيث قال : قد سبق في أول كتاب الدعوى أن اليد لا تثبت في العقار إلا بالبينة ، ولا يعتبر إقرار المدعي عليه باليد انتهى . أقول : هذا ليس بشيء ، إذ ليس مراد صاحب العناية أن عدم اعتبار إقرار المدعي عليه لم يعمد في الشرع . كيف ولا يخفى على من أنه لا يصدق في المسائل الشرعية لعل شق ، كعدم اعتبار إقرار المريض لوارث ، وعدم اعتبار إقراره بمن في يده لآخر في حق غرماء الصحة ، وكعدم اعتبار إقرار الرجل بنسب من غير الوالدين كالآخ والخم ، وكعدم اعتبار إقرار المرأة بالولد أيضا إلى غير ذلك ، وإنما مراده أن إثبات إقرار نفسه بالبينة لم يعمد في الشرع وليس فيما ذكر من صورة دعوى العقار إثبات المقر إقرار نفسه بالبينة لأن إثبات اليد بالبينة في دعوى العقار إنما يجب على المدعي لا على المدعى عليه الذي هو المقر (وقال أبو يوسف آخره إن كان الرجل صالحا فالجواب) أي جواب المسئلة (كما قلناه) أي تندفع عنه الخصومة بإقامة البينة (وإن كان معروفا بالخيل لا تندفع عنه الخصومة) وإن أقام البينة كما قال ابن شبرمة (لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله) سرا (إلى مسافر يودعه إياه ويشهد عليه للشهود) حلانية (فيحتال لإبطال حق غيره) أي يكون مقصوده من ذلك الإضرار بالمدعي ليتعلم عليه إثبات حقه بالبينة (فإذا اتهمه القاضي به) أي بالاحتياط (لا يقبله) أي

الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب كما مر . ولئن سلمنا البناء لكن مقصود المدعي عليه بإقامة البينة ليس لإثبات الملك للغائب إنما مقصوده إثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة فيكون ذلك ضحينا ولا معتبر به . وجه قول ابن أبي ليلى إن ذا اليد أقر بالملك لغيره والإقرار يوجب الحق لنفسه فتبين أن يده يد حفظ فلا حاجة إلى البينة . والجواب أنه صار خصما بظاهر يده وإقراره ، يريد أن يحول حقا مستحقا على نفسه فهو منهم في إقراره فلا يصدق إلا بحجة ، كما إذا ادعى تحول الدين

للمتعة الممنوعة . وجوابه أنه تنظر لا تميل للافتكاك الظاهر فليتأمل (قوله ولئن سلمنا البناء الخ) أقول : فيه بحث لكن مقصود المدعي عليه ، إلى قوله : ولا معتبر به (أقول : فقوله إثبات الملك للغائب بدون خصم معتذر الخ . إن أريد إثبات الملك له قصدا فسلم ولا يضرنا ، وإن أريد إثباته ضحنا فلا سلمه . ثم المراد من الضمى خلاف القصد ، والمراد بذلك فقوله فيكون ذلك ضحينا الخ إثبات الملك للغائب

(ولو قال الشهود أودعه رجل لانعرفه لاتنتفع عنه الخصومة) لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعى ، ولأنه ما أحاله إلى معين يمكن للمدعى اتباعه ، فلو اندفعت لتضرر به المدعى ،

أى لا يقبل ما صنعه . قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مسوطه : ما ذهب إليه أبو يوسف استحسان ذهب إليه بعد ما اجبى بالقضاء لأنه مارس القضاء فوقف على أحوال الناس ما لم يعرفه غيره ، وما قاله قياس لأن البيئات حجج متى قامت يجب العمل بها ولا يجوز إبطالها بمجرد الوهم ، كذا في غاية البيان . واعلم أن هذا الاختلاف إنما يكون إذا كانت العين قائمة في يد للمدعى عليه وإليه أشار بقوله هذا الشيء أودعته ، فإن الإشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود في الخارج ، وأما إذا هلك فلا تندفع الخصومة وإن أقام البيعة لأنه إذا كانت قائمة فلو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لأنه دليل الملك ، إلا أنه يحتمل غيره فيندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل ، وأما إذا هلكت فالدهوى تقع في الدين وعمله اللزمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعى بدمته وبما أقام المدعى عليه من البيعة ، على أن العين كانت في يده ودية لا يبين أن ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة ، كذا في العناية وكثير من الشروح . ثم إن الذي ذكر في الكتاب إذا قال الشهود أودعه رجل نعرفه باسمه ونسبه ووجهه (ولو قال الشهود أودعه رجل لانعرفه) أى أصلا باسمه ولا بنسبه ولا بوجهه (لاتندفع عنه الخصومة) أى بالإجماع ، كذا في الكافي والشروح ، والظاهر أن مرادهم بالإجماع هاهنا إجماع أئمتنا الثلاثة أو إجماع ما عدا ابن أبي ليلى ، فإن شهادة الشهود ليست بشرط عنده في اندفاع الخصومة كما مر . قال المصنف في تعليل المسئلة (لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعى) حيث لم يعرفه (ولأنه) أى ذى اليد (ما أحاله) أى ما أحال المدعى (إلى معين يمكن للمدعى اتباعه ، فلو اندفعت) أى الخصومة (لتضرر به المدعى) أقول : في تعليله الثاني قصور . أما من حيث اللفظ فلا أنه أضمر فيه المدعى أولا حيث قال ما أحاله وأظهره ثانيا حيث قال يمكن للمدعى اتباعه . ولا يخفى على من له معرفة بأساليب الكلام سباحة ذلك ، وكون الوجه إما العكس وإما الإضمار في المقامين . وأما من حيث المعنى فلا أنه جعله دليلا مستقلا على المسئلة الإجماعية ، مع أنه مقروض على قول أبي حنيفة وأبي يوسف بالمسئلة الآتية وهى ما لو قال الشهود نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ، فإن الحكم المذكور يتخلف عنه هناك عندهما كما سيظهر . وكان الإمام الزبلى تنبه لهذا فجعل الدليلين دليلا واحدا حيث قال في تعليل هذه المسئلة في التبيين : لأنهم ما أحالوا المدعى على رجل معروف يمكن محاسبته ، ولعل المدعى هو ذلك الرجل ، فلو اندفعت لبطل حقه انتهى . ثم إن الظاهر كأن يقول المصنف أيضا لأنهم ما أحالوه بدل قوله لأنه ما أحاله لأن المسئلة في أن لا يعرفه الشهود لا في أن لا يعرفه ذو اليد كما

من ذمته إلى ذمة غيره بالحوالة فإنه لا يصدق إلا بحجة لا يقال : يلزم إثبات إقرار نفسه بيعة . وهو غير معهود في الشرع لأنها لإثبات اليد الحافظة التي أنكرها المدعى لا لإثبات الإقرار . ووجه قول أبي يوسف أن احتمال من الناس قد يدفع ما أخذ من الناس سرا إلى مسافر يودعه إياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال لإبطال حق غيره ، فإذا اتهمه القاضي به لا يقبلها . وأما وجه الفصل الأول فلا أنه شهادة قامت بمعلوم لمعلوم على معلوم فوجب قبولها . وأما الفصل الثاني فله وجهان : أحدهما احتمال أن يكون المودع هو هذا المدعى حيث لم يعرفه . والثاني أنه ما أحاله إلى معين يمكن للمدعى اتباعه ، فلو اندفعت الخصومة تضرر والمدعى . وأما الفصل الثالث فوجه قول محمد فيه هو هذا الوجه الثاني ، وهو قوله ما أحاله إلى معين إلى آخره ، فصار بمنزلة ما لو قال أودعه رجل لانعرفه ، وهذا لأن المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنه قال لرجل : أعرف فلانا ؟ قال نعم ، فقال : هل تعرف اسمه ونسبه ؟ فقال لا ، فقال : إذا لاتعرفه ، ووجه قول أبي حنيفة أن المدعى عليه أثبت بيعة أن العين وصلت إليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه للعلم بيقين حيث أن المودع غير المدعى عليه ، فإذا الشهادة تفيد أن يده ليست بيد خصومة وهو المقصود ، والحديث يدل على نفي المعرفة التامة وليس على ذى اليد تعريف خصم

فصل للمضى فيكون إثبات الملك القائب فسميا ولا معتبر به (قوله وهو غير معهود في الشرع) أقول : قد سبق في أول كتاب الدهوى أن اليد لا تثبت في الغار إلا بالبيعة ، ولا معتبر لإقرار المدعى عليه باليد .

ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكل ذلك الجواب عند محمد لاوجه الثاني ، وعند أبي حنيفة تندفع لأنه أثبت بيئته أن العين وصل إليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه ، بخلاف الفصل الأول فلم تكن يده يد خصومة وهو المقصود ، والمدعى هو الذي أضر بنفسه حيث نسي خصمه أو أضره شهوده . وهذه المسئلة خمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الأقوال الخمسة (وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم)

لا يخفى . وتوجيه ما قاله المصنف أن شهادة الشهود لما كانت لأجل ذى اليد نسب حالم إليه ، ويحتمل أن يكون الضمير البارز في قوله لأنه والضمير في قوله ما أحاله راجعين إلى الشهود بتأويل من شهد (ولو قالوا) أى الشهود (نعرفه) أى الرجل الذى أودعه (بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ، فكذا الجواب) أى جواب المسئلة (عند محمد لوجه الثاني) وهو قوله ولأنه ما أحاله على معين الخ فصار بمنزلة ما لو قالوا أودعه رجل لا نعرفه ، وهذا لأن المعرفة بالوجه ليست بمعركة على ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لرجل : تعرف فلانا ؟ قال نعم ، فقال : هل تعرف اسمه ونسبه ؟ فقال : لا ، فقال إذا لاتعرفه ؟ ومن حلف لا يعرف فلانا وهو يعرف وجهه ولا يعرف اسمه ونسبه لا يحنث ، كذا في الكافي والشرح (وعند أبي حنيفة تندفع لأنه) أى المدعى عليه (أثبت بيئته أن العين وصل إليه من جهة غيره) أى غير المدعى (حيث عرفه الشهود بوجهه) فحصل العلم بتيقن أن المزدع غير هذا المدعى (بخلاف الفصل الأول) وهو ما إذا قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه أصلا (فلم تكن يده) أى لم تكن يد المدعى عليه في الفصل الثاني (يد خصومة) لعدم كونها يد ملك بل يد حفظ (وهو المقصود) أى لا تكون يده يد خصومة بل يد حفظ هو مقصوده وقد أفادته الشهادة ، والحديث المار يدل على نفي المعرفة التامة ، وليس على ذى اليد تعريف خصم المدعى تعريفا تاما ، إنما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وقد أثبت والمدعى هو الذى أضر بنفسه حيث نسي خصمه أو أضره شهوده) أى شهود المدعى عليه وهو ذى اليد ، وهذا جواب عن قول محمد فلو اندفعت الخصومة لتضرر به المدعى ، ووجهه أن الضرر اللاحق بالمدعى إنما لحقه من جهة نفسه حيث نسي خصمه ، أو من جهة شهود المدعى عليه لا من جهة ذى اليد (وهذه المسئلة خمسة كتاب الدعوى) أى هذه المسئلة من بين مسائل الدعوى تسمى خمسة كتاب الدعوى ، إما لأن فيها خمسة أقوال كما أشار إليه بقوله (وذكرنا الأقوال الخمسة) وهى قول ابن شبرمة ، وقول ابن أبى ليلى ، وقول أبي يوسف ، وقول محمد ، وقول أبي حنيفة رحمهم الله ، وإما لأن فيها خمس صور وهى : الإبداع ، والإعارة ، والإجارة ، والرهن ، والغصب كما ذكره أيضا (وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم) هذا لفظ القدورى : يعنى إن قال المدعى عليه

المدعى تعريفا تاما إنما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وقد أثبت (قوله والمدعى هو الذى أضر بنفسه) جواب عن قول محمد : لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعى ، ووجهه أن الضرر اللاحق بالمدعى إنما لحقه من نفسه (حيث نسي خصمه) أو من جهة شهود المدعى عليه وذلك لا يلزمه ، وهذا الاختلاف إنما يكون إذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه ، وإليه أشار بقوله هذا الشيء أودعني ، فإن الإشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود في الخارج ، وأما إذا هلكت فلا تندفع الخصومة وإن أقاما البينة لأنها إذا كانت قائمة فلو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لأنه دليل الملك إلا أنه يحتمل غيره فتندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على الاحتمال ، وأما إذا هلكت فالدعوى تقع في الدين وعمله إلمة ، فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعى بدمته وبما أقام المدعى عليه من البينة على أن العين كانت في يده ودية لا يثبت أن ذمته كانت لغيره فلا تحول عنه الخصومة . قال (وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم الخ) وإذا قال المدعى عليه اشتريته من فلان الغائب فهو خصم لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما ، وإن قال المدعى غصبته هذا العين منى أو سرقتها منى وأقام ذو اليد البينة على الودعية لا تندفع الخصومة لأنه صار خصما بدعوى الفعل عليه ولهذا صحت الدعوى على غير ذى اليد ، وفعله لا يتردد بين أن يكون له ولغيره حتى يقال : إنه أثبت بالبينة

(قال المصنف : أو أضر به شيوه) أقول : أى شهود المدعى ، فالإضافة للملابسة أو شهود المدعى عليه ولا يخلو من البعد (قوله لأنه دليل الملك إلا أنه يحتمل غيره) أقول : الضمير في قوله غيره راجع إلى الملك (قوله ولهذا صحت للدعوى) أقول : أى دعوى الفعل

لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما (وإن قال المدعى غصبته منى أو سرقته منى لا تندفع الخصومة ، وإن أقام ذو اليد البينة على الوديعة) لأنه إنما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده ، بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذى اليد ويصح دعوى الفعل (وإن قال المدعى سرق منى وقال صاحب اليد أو دعونه فلان وأقام البينة لم تندفع الخصومة) وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وهو استحسان . وقال محمد : تندفع لأنه لم يدع الفعل عليه فصار كما إذا قال غصب منى على مالم يسم فاعله . ولهما أن ذكر الفعل يستدعى الفاعل لا محالة ، والظاهر أنه هو الذى فى يده إلا أنه لم يعينه درعا للحد شفقة عليه وإقامة لحسبة السر

اشرئت هذا الشيء من الغائب فهو خصم للمدعى (لأنه) أى المدعى عليه (لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما) كما لو ادعى ملكا مطلقا (وإن قال المدعى غصبته منى) أى غصبت هذا الشيء منى (أو سرقته منى لا تندفع الخصومة وإن أقام ذو اليد البينة على الوديعة . لأنه) أى لأن ذا اليد (إنما صار خصما بدعوى الفعل عليه) أى بدعوى المدعى الفعل وهو الغصب أو السرقة على ذى اليد (لا بيده) أى لم يصح دعواه على يد ذى اليد بدعوى الفعل عليه ، ثم إن فعل ذى اليد لا يرد دين أن يكون له ولغيره حتى يقال : إنه أثبت بالبينة أن فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه (بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه) أى ذا اليد (خصم فيه) أى فى دعوى الملك المطلق يتأويل الادعاء (باعتبار يده حتى لا تصح دعواه) أى دعوى الملك المطلق (على غير ذى اليد) ويده مترددة بين أن يكون له فيكون خصما وبين أن يكون لغيره فلا يكون خصما ، وإقامة البينة أثبت أن يده لغيره فلا يكون خصما (ويصح دعوى الفعل) أى يصح دعوى الفعل على غير ذى اليد كما يصح دعواه على ذى اليد (وإن قال المدعى سرق منى) أى إن قال المدعى سرق منى هذا الشيء منى على صيغة المجهول (وقال صاحب اليد أو دعونه فلان وأقام البينة) أى على أن فلانا أودعه إياه (لم تندفع الخصومة) هذا أيضا لفظ القندورى . قال المصنف (وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وهو استحسان . وقال محمد : تندفع) أى الخصومة وهو القياس (لأنه) أى المدعى (لم يدع الفعل عليه) أى على ذى اليد (فصار كما إذا قال) أى المدعى (غصب منى على مالم يسم فاعله) يعنى أن التجهيل أقسد دعوى السرقة فبقى دعوى الملك فتندفع الخصومة بإثبات الوديعة ، كما لو جعل الغصب وقال غصب منى على مالم يسم فاعله وأقام ذواليد البينة على الوديعة من آخر فإنه تندفع الخصومة هناك فكلدا هنا ، كلدا فى غايه البيان (ولهما) أى لأبى حنيفة وأبى يوسف (أن ذكر الفعل) وهو السرقة (يستدعى الفاعل لا محالة) لأن الفعل بدون الفاعل لا يتصور (والظاهر أنه) أى الفاعل (هو الذى فى يده إلا أنه) أى المدعى (لم يعينه) أى لم يعين الفاعل (درعا للحد شفقة عليه) أى على ذى اليد (وإقامة لحسبة السر) أى لأجل السر . قال صاحب العناية : فإن قيل : إذا لم تندفع الخصومة فرما يقضى بالعين عليه وفى ذلك جملة سارقا فما وجه الدرء حيثذا ؟ أجيب بأن وجهه أنه إذا جعل خصما وقضى عليه بتسليم العين إلى المدعى ، إن ظهر سرقته بعد ذلك يثبت لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المرسوق إلى المالك ، ولو لم يعمل سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعى ، ففى ظهرت سرقته بعد ذلك يثبت قطعت يده لظهور ما قبل أن يصل العين إلى المالك ، فكان فى جملة سارقا احتيالا للدرء انتهى . أقول : فى كل واحد من السؤال والجواب نظر . أما فى السؤال فلأنه إن أراد بقوله وفى ذلك جملة سارقا أن فى ذلك الحكم عليه بموجب السرقة وهو القطع فهو ممنوع ، وإنما هو عند تعيين كونه السارق ، وإن أراد به أن فى ذلك مجرد جملة خصما فى دعوى كون ذلك الشيء مسروقا من المدعى فهو مسلم ، لكن لا وجه حيثذا لقوله فما وجه الدرء حيثذا إذ وجهه حيثذا ظاهر وهو سقوط القطع بعدم

أن فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه ، بخلاف دعوى الملك المطلق فإن ذا اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا تصح الدعوى على غير ذى اليد ، ويده مترددة بين أن يكون له فيكون خصما وبين أن يكون لغيره فلا يكون خصما ، وإقامة البينة أثبت أن يده لغيره فلا يكون خصما . وإن قال المدعى سرق منى وأقام ذو اليد البينة على أن فلانا أودعه لم تندفع الخصومة عند أبى حنيفة وأبى يوسف ونحو استحسان . وقال محمد : تندفع لأنه لم يدع الفعل عليه فصار كما لو قال غصب منى على مالم يسم

فصار كما إذا قال سرق ، بخلاف الغصب لأنه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه (وإن قال المدعى ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعني فلان ذلك أسقطت الخصومة بغير بينة) لأنهما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها إلى يد ذى اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم البينة أن فلانا وكله بقبضه لأنه أثبت ببينته كونه أحق بإسماكها ، والله أعلم .

التعيين لشبهة كون السارق غيره ؟ وأما في الجواب فلأن مقتضاه أن جعل ذى اليد خصما والقضاء عليه بتسليم العين إلى المدعى في مسئلتنا هذه إنما كان لأجل الاحتيال للرد الخد ، وأن الاحتيال للردته إنما نشأ من قبل الشرع لآمن قبل المدعى ، وهذا مع كونه مخالفا لمقتضى الدليل المذكور في الكتاب كما ترى غير تام في نفسه : لأن ظهور سرقة ذى اليد بعد ذلك يبين أمر موهوم وخروج العين المدعاة من يده على تقدير القضاء عليها أمر محقق فكيف يرتكب الضرر المحقق لدفع الضرر الموهوم سببا إذا اعترف بأنها ملك الغير أودعها عنده ، فإن إتلاف مال أحد لدفع ضرر موهوم من آخر غير موهود في الشرع (فصار) أى فصار ما إذا قال سرق بصيغة المجهول (كما إذا قال سرق) بالتعيين والخطاب (بخلاف الغصب) أى بخلاف ما إذا قال غصب منى بصيغة المجهول حيث تندفع الخصومة بإثبات الودعية بالاتفاق (لأنه لا حد فيه) أى في الغصب (فلا يحترز عن كشفه) فلم يكن المدعى معذورا في التجهيل (ولو قال المدعى ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعني فلان ذلك) أى فلان الذى قال المدعى ابتعته منه (أسقط الخصومة) أى أسقط صاحب اليد الخصومة عن نفسه (بغير بينة) هذا لفظ القدورى . قال المصنف (لأنهما توافقا على أن أصل الملك فيه) أى في الشيء المدعى (لغيره) أى لغير صاحب اليد (فيكون وصولها) أى وصول العين المدعاة ، وكان المطابق للضمان السابقة أن يقول المصنف فيكون وصوله كما قاله صاحب العناية ، ولكنه يشبه أنه قصد التفتن في العبارة (إلى يد ذى اليد من جهته) أى من جهة الغير (فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم) أى المدعى (البينة أن فلانا) أى فلانا المذكور (وكله بقبضه) أى يقبض الشيء المدعى (لأنه) أى المدعى (أثبت ببينته كونه أحق بإسماكها) أى بإسماك العين المدعاة كانه قصد التفتن هاهنا أيضا حيث قال أولا بقبضه بالتدكير ، وثانيا بإسماكها بالتأنيث .

فأعله . ولما أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل البينة ، والظاهر أنه هو الذى في يده إلا أنه لم يعينه درءا للحد عنه شفقة عليه . فإن قيل : إذا لم تندفع الخصومة فرما يقضى بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقا فما وجه الدراء حينئذ ؟ أجيب بأن وجهه أنه إذا جعل خصما وقضى عليه بتسليم العين إلى المدعى إن ظهر سرقة بعد ذلك يبين لم تقطع يده لظهور سرقة بعد وصول الموقوف إلى المالك ، ولو لم يجعله سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقضى بالعين للمدعى ، ففى ظهرت سرقة بعد ذلك يبين قطعت يده لظهورها قبل أن تصل العين إلى المالك ، فكان في جعله سارقا احتيالا للرد ، بخلاف ما إذا قال غصبت لأنه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه ، وإن قال المدعى ابتعته من فلان وصاحب اليد قال أودعني فلان ذلك أسقط الخصومة من غير بينة لتوافقهما على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصوله إلى ذى اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم المدعى البينة أن فلانا وكله بقبضه لأنه أثبت ببينته أنه أحق بإسماكها .

(قوله أجيب بأن وجهه أنه إذا جعل خصما الخ) أقول : بأن جعل سارقا ، ثم أقول : فيه بحث ، فإنه إن أراد أن في ذلك جعله سارقا في حق توجه الخصومة لسل ولا يلزم منه القطع ، وإن أراد أن فيه جعله سارقا في حق القطع فليس كذلك ، وإنما يترك ذلك أن لو قال المدعى سرقة ولما قال سرق لم يناد المجهول وفقد شهوده كذلك لم يظهر كون ذواليد سارقا لاحتمال كون السارق غيره . وأما قوله فى اليد منه والحفود تندرج بالشبهات فحينئذ لا حاجة إلى ما ذكره في معرض الجواب مع أن فيه مالا يخفى (قوله إن ظهرت سرقة) أقول : أى سرقة العين بإقرار ذى اليد أو غيره (قال المصنف : إلا أن يقيم البينة أن فلانا وكله) أقول : فإن قيل : يلزم حينئذ الحكم على الغائب بأنه وكله . قلنا : لا علور فيه ، فإن ما يدعى على الغائب وهو التوكيل سبب لما يدعى على الحاضر وهو التسليم ، وقد مر قبيل باب التحكيم أنه يجوز فواجبه .

(باب ما يدعيه الرجلان)

قال (وإذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة قضى بها بينهما) وقال الشافعي في قول : تهاوترا ، وفي قول يقرع بينهما ، لأن إحدى البنتين كاذبة يقيبن لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تملز التمييز فيهما ترائن أو يصار إلى القرعة ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام أقرع فيه وقال : اللهم أنت الحكم بينهما » ولنا حديث تميم بن طرفة

(باب ما يدعيه الرجلان)

لما ذكر حكم دعوى الواحد شرع في ذكر حكم دعوى الاثنين بعد الواحد (قال) أي القنوري في مختصره (وإذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها أي العين) له وأقاما البينة) أي على ما ادعاه (قضى بها بينهما) أي تصفين ، وإنما وضع المسئلة في دعوى ملك العين لهما لو تنازعا في نكاح امرأة وأقام كل واحد منهما بينة على أنها امرأته لم يقض لواحد منهما بالإتفاق وفي دعوى الخارجين ، لأن الدعوى لو كانت بين الخارج وصاحب اليد وأقاما بينة فيبينة الخارج أولى عندنا . وفي أحد قولي الشافعي : تهاوترا البنتان ويكون المدعي لليد تركا في يده وهو قضاء ترك لا قضاء ملك . وفي القول الآخر ترجع بينة ذى اليد فيقضيه به لدى اليد قضاء ملك وفي الملك المطلق ، لأن في التقيد بالنسب للمعين أو بالتاريخ تفصيلا وخلافا كما سيجيء إن شاء الله تعالى (وقال الشافعي) أي في المسئلة التي نحن فيها (في قول تهاوترا) أي البنتان : أي تساقطنا وطلنا ، مأخوذ من المثر بكسر الماء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه ، كذا في المغرب (وفي قول يقرع بينهما) أي بين المدعين ويقضى لمن خرجت قرعته (لأن إحدى البنتين كاذبة يقيبن لاستحالة اجتماع الملكين في الكل) أي في كل العين (في حالة واحدة وقد تملز التمييز) أي بين الصادقة منها والكاذبة فيمتنع العمل بهما (فيهما ترائن) كما لو شهد شاهدان أنه أطلق امرأته يوم التحريم ، وأخبران أنه أعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم ، وهذا لأن تهمة الكذب تمتنع العمل بالشهادة فالتيقن به أولى ، كذا في النهاية والكفاية (أو يصار إلى القرعة) لأنه عليه الصلاة والسلام أقرع فيه وقال : اللهم أنت الحكم بينهما » روى سعيد بن المسيب « أن رجلين تنازعا في أمة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاما البينة فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال : اللهم أنت قضى بين عبادك بالحق ، ثم قضى بها لمن خرجت قرعته » ولنا حديث

(باب ما يدعيه الرجلان)

لما فرغ من ذكر حكم الواحد من المدعين شرع في بيان حكم الاثنين لأن الواحد قبل الاثنين (قال : وإن ادعى اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة على ذلك قضى بها بينهما . وقال الشافعي في قول : تهاوترا) أي تساقطنا من المثر بكسر الماء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه (وفي قول : يقرع بينهما) لأن إحدى البنتين كاذبة يقيبن لاستحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة) والتمييز متملز فيمتنع العمل بكل واحد منهما ، أو يصار إلى القرعة لأنه صلى الله عليه وسلم أقرع فيه . روى سعيد بن المسيب « أن رجلين تنازعا في أمة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاما البينة ، فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فقال : اللهم إنك تقضى بين عبادك بالحق ، ثم قضى بها لمن خرجت قرعته » ولنا حديث تميم بن طرفة الطائي « أن رجلين تنازعا في عين بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاما البينة فقضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين » وعن أبي الدرداء رضى الله عنه « أن رجلين اختصما بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء

(باب ما يدعيه الرجلان)

« أن رجلين اختصا إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام في ناقة وأقام كل واحد منهما البيعة ففضى بها بينهما نصفين ». وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ ، ولأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهاداتان فيجب العمل بهما ما أمكن ، وقد أمكن بالتنصيف إذ اخل بقبلة ، وإنما ينصف لاستواءهما في سبب الاستحقاق .

رضي الله تعالى عنه ذكره أبو داود (« أن رجلين اختصا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة وأقام كل واحد منهما بيعة ففضى بها بينهما نصفين ») وعن أبي الدرداء رضي الله تعالى عنه « أن رجلين اختصا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء وأقاما البيعة ، فقال : ما أحوجكما إلى سلسلة كسلسلة بني إسرائيل ، كان داود عليه السلام إذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعثت الظالم ، ثم قضى به رسولنا صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين » (وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ) هذا جواب عن حديث القرعة : يعني أنه كان في ابتداء الإسلام وقت إباحة القمار ثم نسخ بحجة القمار لأن تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء ؛ فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكلكتا تعيين المستحق ، بخلاف قسمة المال المشترك لأن للقاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة ، وإنما يقرع تطييبا للقلوب ، ونفيا لهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار ، كذا في الكافي وسائر الشروح (ولأن المطلق) بكسر اللام أي المحوّر (للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود) بفتح الميم (بأن يعتمد أحدهما سبب الملك) كالشراء (والآخر اليد فصحت الشهاداتان) قال صاحب العناية في حل هذا المقام : ولا نسلم كذب إحداهما يبين لأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود ، فإن صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لأن ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فبما أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بأن رآه يشترى فشهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهاداتان صحيحتين انتهى . أقول : الظاهر من تقريره أنه قد حل قول المصنف ولأن المطلق للشهادة الخ على منع قول الشافعي إن إحدى البيعتين كاذبة يبين فريد عليه أنه لا مجال لمنع ذلك على مذهب إليه بجهور المحققين من أن معنى صديق الخبر مطابقتها للواقع ، ومعنى كذبه عدم مطابقتها لأن استحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة ضرورية فكذب إحداهما : أي عدم مطابقتها للواقع متيقن بلا ريب ، وما ذكره في معرض السند لمنع لا يبعد طائلا في دفع هذا كما لا يخفى . والوجه عندى أن لا يكون مراد المصنف بقوله المذكور منع قول الشافعي ذلك ، بل أن يكون مراده به القول بالوجوب : أي إثبات مدحنا مع التزام ما قاله الخصم . وتقريره أن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد ، وكل شهادة لها مطلق كذلك فهي صحيحة سواء طابقت الواقع أو لم تطابقه ، لأن صحة الشهادة لا تعتمد تحقق المشهود به في الواقع ، فإن ذلك غيب لا يطلع عليه العباد بل إنما تعتمد ظاهر الحال فصحت الشهاداتان (فيجب العمل بهما ما أمكن) لأن البيئات حجيح الله تعالى والعمل بها واجب مهما أمكن (وقد أمكن) هاهنا (بالتنصيف إذ اخل بقبلة) أي يقبل بالتنصيف (وإنما ينصف لاستواءهما) أي لاستواء المدعيين (في سبب الاستحقاق)

وأقاما البيعة فقال عليه الصلاة والسلام : ما أحوجكما إلى سلسلة كسلسلة بني إسرائيل . كان داود عليه السلام إذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعثت الظالم ، ثم قضى به رسولنا عليه الصلاة والسلام بينهما نصفين ، والجواب عن حديث القرعة أنه كان في الابتداء وقت إباحة القمار ثم اتسخ بحجة القمار ، لأن تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق في إيجاب الحق لمن خرجت له ، فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكلكتا تعيين المستحق ، ولا نسلم كذب أحدهما يبين لأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود ، فإن صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لأن ذلك غيب لا يطلع عليه العباد ،

(قوله بمنزلة الاستحقاق في إيجاب الحق) أقول : في إيجاب متعلق بقوله بمنزلة (قوله ولا نسلم كذب إحداهما يبين) أقول : فيه بحث فإن الكذب هو عدم مطابقة الحكم الواقع ، وعدم مطابقة كلام أحدهما لنفس الأمر من أجل الواضحات فكيف يمنع ؟ وليس فيها ذكره في معرض السند ما يلحق ذلك كما لا يخفى . والجواب أن المانع عن قبول الشهادة هو كلفها شرعا وهو مفقود هنا ولذا لم أجمع إطلاق الشهادة

قال (فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البيتين) لتعذر العمل بهما لأن اهل لا يقبل الاشتراك . قال (ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما) لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ، وهذا إذا لم توفقت البيتان ، فأما إذا وقتا فصاحب الوقت الأول أولى

وهو الشهادة . فاحصل كلام المصنف هاهنا على ما وجهناه أن مدار العمل بالشهادتين مضمنا لاصدقهما . فإنه مما لا يطلع عليه العباد ، وأن وجه مضمنا ما ذكره يرشد إليه أنه قال في التفرع : فصحت الشهادتان ولم يقل فصدت الشهادتان . ثم إن بعض الفضلاء اعترض على قول صاحب العناية ولا نسلم كذب إحداهما يبين . وأجاب عنه حيث قال : فيه بحث ، فإن الكذب هو عدم مطابقة الحكم الواقع وعدم مطابقة كلام إحداهما لنفس الأمر من أجل الواضحات ، فكيف يمنع وليس فيها ذكره في معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى ؟ والجواب أن المانع عن قبول الشهادة هو كذبها شرعا وهو مفقود هاهنا ، وإلا لزم اجتبايع إطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا ، فاللئى لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعى فليتأمل انتهى . أقول : في الجواب بحث ، إذ الظاهر أن مراده بكذبها شرعا عدم مطابقتها للاعتقاد لأنه هو الذى يمكن أن يرد بلفظ الكذب هاهنا بعد أن لا يكون المراد به عدم مطابقة الحكم الواقع ولكنه ليس بمرجه لأن كون صدق الخبر مطابقتها لاعتقاد الخبر ، وكذبه عدم مطابقة لاعتقاده مذهب النظام ومن تابعه ، وقد أبطله المحققون بإجماع المسلمين على تصديق اليهودى في قوله الإسلام حق مع مخالفة لاعتقاده ، وتكذيبه في قوله الإسلام باطل مع مطابقة لاعتقاده ، فكيف يحمل الكذب الشرعى على مثل هذا المذهب الزيف ويصل مبنى الاستدلال أمثنا في هذه المسئلة ؟ وأيضا لو لم يكن الكذب الشرعى عدم المطابقة للواقع بل كان عدم المطابقة للاعتقاد لما كان لما ورد في قواعد الشرع من أنه تعدد الكذب ولم يتعمده معنى ، لأن الكذب بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد لا يتصور بدون التعمد . وأيضا لا يندفع ما قاله الشافعى بمنع كذب إحدى البيتين يبين معنى عدم المطابقة للاعتقاد ، إذ يمكن له كذب إحداهما يبين بمعنى عدم المطابقة للواقع فإن لزم جواز العمل بهما عند تيقن عدم مطابقة إحداهما للواقع فلم يلزم جواز العمل بهما عند تيقن كذب إحداهما بمعنى عدم المطابقة للواقع . والفرق بمجرد إطلاق لفظ الكذب وعدم إطلاقه ليوثر في تحقيق معنى المسئلة ، فإما هو اعتبار لفظى فلا ينبغي أن يترك به القول الموكول عليه في معنى الصدق والكذب . ثم إن قوله ولا يلزم اجتبايع إطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا إن أراد به أن يلزم اجتبايع إطلاق كل واحد من الشهادتين وتكذيبها بينهما ممنوع ، وإن أراد به أنه يلزم اجتبايع إطلاق بكل واحد منهما وتكذيب إحداهما لا يمينها فسلم ، لكن لا نسلم المأخوذ فيه ، إذ الكذب بالنسبة إلى كل واحدة منهما يمينها كان محتملا لا محققا فتأمل (قال) أى القدرى في مختصره (فإن ادعى كل واحد منهما) أى من الرجلين (نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البيتين لتعذر العمل بهما لأن اهل لا يقبل الاشتراك . قال : ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين) وحكى عن ركن الإسلام على السندى أنه لا ترجح إحداهما إلا بإحدى معان ثلاث : إحداهما إقرار المرأة ، والثانية كونها في يد أحدهما ، والثالثة دخول أحدهما بها إلا أن يقيم الآخر البينة أن نكاحه أسبق كذا في الشروح نقلا عن الخلاصة . قال المصنف (وهذا) أى الحكم المذكور (إذا لم توفقت البيتان ، فأما إذا وقتا فصاحب الوقت الأول أولى) لما فيه من زيادة الإثبات ، كذا في الكافى . قال صاحب العناية : ونقول أن يقول : قوله فصاحب الوقت الأول أولى ليس بطل ، لأنه إنما يكون أولى إذا كان الثانى بعده بمدة لا تحتمل انقضاء المدة فيها ، أما إذا احتملت ذلك فيتساويان

فجاء أن يكون أحدهما اعتمد سبب المالك بأن رآه يشترى فشهد على ذلك ، والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما أمكن ، وقد أمكن بالتنصيف بينهما لكون اهل قابلا وتساويهما في سبب الاستحقاق (قال فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة البت) دعوى نكاح المرأة من رجلين ، إما أن تكون متعاقبة أو لا ، فإن كان الثانى فلا بينة

وتكذيبها شرعا فاللئى لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعى فليتأمل (قوله فكانت الشهادتان صحيحتين) أقول : يعنى شرعا .

(وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته) لتصادقهما (وإن أقام الآخر البينة قضى بها) لأن البينة أقوى من الإقرار

بحوز أن الأول طلقها فزوّج بها الثاني . والجواب أن ذلك إنما يعتبر إذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الأول وليس الكلام في ذلك ، وأيضا قد ذكرنا أنّ ثبوت البينة كالثابت عيانا ، ولو عاينا تقدم الأول حكمنا به ، فكذا إذا ثبت بالبينة انتهى . أقول : في الجواب الأول نظر ، لأنه إذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الأول وأقيمت البينة عليها كان صاحب الوقت الثاني أولى قطعا ، وليس مدار السؤال على دعوى أولوية الثاني بل على منع أولوية الأول ، وهذا المنع لا يتوقف على كون دعوى النكاح بعد طلاق الأول بل يتوجه أيضا على تقدير دعوى النكاح مطلقا ، أي من غير تقييد بكونه بعد طلاق الأول فإذا احتملت المدة التي بين الوقتين انقضاء العدة لحوز أن الأول طلقها وانقضت عدتها فزوّج بها الثاني ، كما ذكر في السؤال فلم تثبت الأولوية في الأول مطلقا . وأما الجواب الثاني فهو وإن كان صحيحا في نفسه إلا أن فيه نوع احتياج إلى بيان لمية الحكم بالأولى فيها عاينا تقدمه أيضا مع الاحتمال المذكور ، فالأحسن ما هنا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال : فإن قلت : يمكن العمل بالبنتين بتخلط الطلاق . قلت : لا يمكن لأن النكاح الثاني يعتمد أن يكون بعد الطلاق ويحصل أن يكون مع بقاء الطلاق فلا يعطل النكاح الثابت للأول بالشك ، ولا يقال : يحصل أمرها على الصلاح لأن هذا إنما يعتبر في الدفع لا في إبطال حق الغير وما هنا الحاجة إلى الإبطال انتهى . (وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما ، فإن أقام الآخر البينة قضى بها لأن البينة أقوى من الإقرار) إذ البينة حجة متعددة والإقرار حجة قاصرة . وذكر في نكاح المبسوط : ولو تنازع رجلان في امرأة كل واحد منهما يدعي أنها امرأته ويقع البينة ، فإن كانت في بيت أحدهما أو كان دخل بها فهي امرأته لأن البنتين إذا تعارضتا على العقد ترجح إحداهما بالقبض ، كما لو ادعى رجلان تلمي الملك في عين من ثالث بالشراء أحدهما قابض وأقاما البينة كانت بينة صاحب اليد أولى ، لأن فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما أمكن ، والإمكان ثابت هنا بأن يحصل نكاح الذي دخل بها

لها ، فالمرأة إما أن تقر لأحدهما أولا ، فإن أقرت فهي امرأته لتصادقهما ، وإن لم تقر لم يقض لواحد ، وإن كان ثم بينة فمن أقام البينة فهي امرأته وإن أقرت لغيره لأن البينة أقوى من الإقرار ، وإن أقامها ، فلما أن تكون في بيت أحدهما أو دخل بها أولا ؟ فإن كان ذلك فهي امرأته ، لأن النقل إلى بيته أو الدخول بها دليل سبق تاريخ عقده ، إلا أن يقيم الخارج بينة على سبق نكاحه فلها تهليل ، لأن الصريح أولى من الدلالة ، وإن لم يكن ذلك فمن أثبت سبق التاريخ فهي امرأته . لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا ، وإن لم يذكر تاريخا لم يقض بولحدة منهما لتعلم العمل بهما لعدم قبول أهل للاشتراك ، ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما ، فأيها أقرت له أنه تزوّجها قبل الآخر فهي امرأته ، لأن النكاح مما يحكم به بتصديق الزوجين . ولقال أن يقول : قوله فصاحب الوقت الأول أولى ليس بجلي لأنه إنما يكون أولى إذا كان الثاني بعده مدة لا تحتمل انقضاء العدة لها ، أما إذا احتملت ذلك فيساويان بحوز أن الأول طلقها فزوّج بها الثاني . والجواب أن ذلك إنما يعتبر إذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الأول وليس الكلام في ذلك ، وأيضا قد ذكرنا أنّ الثابت بالبينة كالثابت عيانا ، ولو عاينا تقدم الأول حكمنا به

(قوله وإن أقامها البينة) أقول : الأظهر أن يقرر هكذا ، وإن أقامها ، فإن أرحا وكان تاريخ أحدهما سبق كان هو أولى ، وإن لم يورعها أو استوى تاريخهما ، فإن كان مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها إلى منزله كان هو أولى ، وإن لم يوجد شيء من ذلك يرجع إلى تصديق المرأة ، وإنما قلنا الأظهر ذلك لما لا يخفى عليك ما في تقرير الفارح من الاقتطاع والانتشار . قال الإقناني نقلنا من فصول الاستروشي : وإن أرح أحدهما ولم يورع الآخر فصاحب التاريخ أولى . والظاهر أن يقيد قوله وإن أرح أحدهما بلا بد ولا إقرار وإلا فصاحب اليد والإقرار أولى (قوله فإن كان ذلك فهي امرأته البينة) أقول : ولا يعتبر قولها وتصديقها (قوله وإن لم يكن ذلك) أقول : محطوف على قوله فإن كان ذلك ، وقوله ذلك إشارة إلى قوله فلما أن يكون في بيت أحدهما أو دخل بها (قوله وإن لم يذكر تاريخا) أقول : أو استوى تاريخهما (قوله والجواب أن ذلك البينة) أقول : أشار بقوله ذلك إلى قوله بحوز أن الأول طلقها البينة .

(ولو تفرد أحدهما بالدعوى والمرأة تمجد فأقام البينة وقضى بها القاضى له ثم ادعى الآخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها) لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه (إلا أن يوتت شهود الثانى سابقا) لأنه ظهر الخطأ فى الأول بيقين . وكذا إذا كانت المرأة فى يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بيته الخارج إلا على وجهه السابق . قال (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد) معناه من صاحب اليد وأقاما بينة

ثابتا حين دخل ، وهذا لأن تمكنه من الدخول بها أو من نقلها إلى بيته دليل سبق عقده ، ودليل التاريخ كالصرح بالتاريخ ، إلا أن يقع الآخر البينة أنه تزوجها قبله فيجئ سقط اعتبار الدليل فى مقابلة للصرح بالسبق ، وإن لم تكن فى يد أحدهما فأبهما أقام البينة أنه أول فهو أحق بها ، لأن شهوده شهدوا بسبق التاريخ فى عقده ، والثابت بالبينة كالثابت بالمعينة أو بإقرار الخصم ، وإن لم يكن هما على ذلك بيته فأبهما أقامت المرأة أنه تزوجها قبله أو أنه تزوجها دون الآخر فهى امرأته ، إما لأن بيته ترجع بإقرارها له كما بينا فى جانب الزوج ، أو لأن البيتين لما تعارضتا وتعلل العمل بهما بقى تصادق أحد الزوجين مع المرأة على النكاح فيثبت النكاح بينهما بمصادقهما ، كذا فى النهاية . وأنت تعلم أن هذا بمنزلة الشرح لما فى الكتاب ، وأنه يظهر منه أن قول القنودى : فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بيته لم يقضى بواحدة من البيتين فيما إذا لم تكن المرأة فى بيت أحدهما ولم يكن أحدهما دخل بها . وأعلم أن هذا كله إذا كان التنازع حال حياة المرأة ، وأما إذا كان بعد وفاتها فهو على وجهه ولا يعتبر فيه الإقرار واليد ، فإن أرخا وتاريخ أحدهما سبق يقضى بالنكاح والميراث له ويجب عليه تمام المهر ، وإن لم يورثها أو أرخا على السواء فإنه يقضى بالنكاح بينهما ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر وورثان منها ميراث زوج واحد . فرق بين الدعوى حالة الحياة وبين الدعوى بعد الوفاة . والفرق أن المقصود فى حال الحياة هى المرأة وهى لاتصلح للشركة بينهما ، والمقصود بعد الوفاة هو الميراث وهو مال يقبل الشركة ، فإن جاءت بولد يثبت النسب من الأبوين ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لأن البزنة لاتحتجز . كذا فى غاية البيان نقلا عن القصول ، وفى القصول نقلا عن المحيط (ولو تفرد أحدهما بالدعوى) يعنى أن الذى ذكر من قبل فيما إذا ادعى معا ، ولو تفرد أحدهما بالدعوى (والمرأة تمجد فأقام البينة وقضى بها القاضى له ثم ادعى آخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بذلك) أى بما ادعاه الثانى (لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه) أى لا ينقض القضاء بالبينة الثانية التى هى مثل الأولى ، بل دونها لأن الأولى تأكدت بالقضاء ، وهذا لأن فى الظنيات لا ينقض المثل بالمثل ولهذا لا يهدم الرأى الرأى ، كذا فى غاية البيان (إلا أن يوتت شهود الثانى سابقا) أى وقتا سابقا فإنه يقضى حيثل بما ادعاه الثانى (لأنه ظهر الخطأ فى الأول بيقين) حيث ظهر أنه تزوج منكوحة الغير . أقول : فى قول المصنف يبين تسامح ، لأن البيانات من الظنيات لامن اليقنيات على ما صرحوا به ، ولعل صاحب الكافى تنبه له حيث ترك لفظة يبين فى تحريره (وكذا إذا كانت المرأة فى يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بيته الخارج إلا على وجهه السابق) قد مر بيان هذه المسئلة على الوجه الأمم فيما ذكرنا من قبل نقلا عن الميسوط (قال) أى القنودى فى مختصره (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد) قال المصنف (معناه) أى معنى قوله منه (من صاحب اليد) وإنما قيد به لأن كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو إما أن يلدحيا الشراء من واحد أو اثنين ، فالحكم به التفصيل يضىء بعد هذا فى الكتاب ، كذا فى النهاية وغيرها . ثم إن تمام قول القنودى (وأقاما بينة) أى أقام كل واحد منهما بيته على ما ادعاه

فكذا إذا ثبت بالبينة وإن كان الأول ، فإذا انفرد أحدهما والمرأة تمجد فأقام البينة وقضى بها ثم ادعى الآخر وأقامها على مثل ذلك لا يحكم بها لأن القضاء الأول قد صح ومضى فلا ينقض بما دونه ، إلا أن يوتت شهود المدعى الثانى وقتا سابقا فيقضى له لأنه ظهر الخطأ فى الأول بيقين (قوله وكذا إذا كانت المرأة فى يد الزوج) مر بيانه . قال (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد الخ) عى فى يد رجل ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد . قال المصنف (معناه من صاحب اليد) احتراز عما سياتى بعنده المسئلة (وأقاما) على ذلك (بينة) من غير تأثيت .

(فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك) لأن القاضى يقضى بينهما نصفين لاستوائهما في السبب قصار كالمفضولين إذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين بخير كل واحد منهما لأنه تغير شرط عقده ، فحلل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن

حل صاحب العناية هذا القول على ما لو أقامها من غير توقيت حيث قال في شرح المقام : وأقاما على ذلك بينة من غير توقيت ، فكانه أخذ ذلك من تصريح صاحب الكافي هاهنا حيث قال في شرح المقام : ولم توقت واحدة من البيتين وقتا . وأقول : الأولى تعميم لما لم يوقت لما وقتا وقتها على السواء ، لأن حكم هاتين الصورتين سواء على ما صرح به في مبسوط شيخ الإسلام والخيرة وفتاوى قاضيه خان وسائر المعثورات ، ولفظ الكتاب مساعد للتعميم هما ، ولولم يعمم لزم أن يكون صورة ما وقتا وقتها على السواء متروكة في الكتاب بالكلية من بين أقسام هذه المسئلة لعدم دخولها في الصور الآتية المتشعبة من هذه المسئلة ، ولا ينبغي بعد ذلك (فكل واحد منهما بالخيار ، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن ، وإن شاء ترك) لأن القاضى يقضى بينهما نصفين لاستوائهما في السبب قصار كالمفضولين إذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين بخير كل واحد منهما) قال المصنف (لأنه تغير شرط عقده) وهو رضاه لأنه مارضى بالعقد لإلزامه كل المبيع ، فإذا لم يسلم اختل رضاه بتفريق الصفقة عليه ، وكذا في معراج الدراية أخذنا من الكافي . وفسر صاحب العناية شرط عقده باتحاد الصفقة حيث قال : لأن شرط العقد الذى يصد به هو اتحاد الصفقة قد تغير عليه (فحلل رغبته في تملك الكل) ولم يحصل (فيرده) ويأخذ كل الثمن) وقال بعض الفضلاء رداً على صاحب العناية : الظاهر أن المراد من شرط العقد هو الرضا ، وقد تغير لأنه مارضى بالعقد لإلزامه كل المبيع ، وإذا لم يسلم اختل رضاه بتفريق الصفقة كما صرح به العلامة الكاظمي ، ويؤيده قول المصنف فحلل رغبته في تملك الكل وأيضاً لاتحاد وصف العقد فكيف يكون شرطاً له انتهى . أقول : الذى هو تصرف نفس ذلك القائل هاهنا ساطع ، أما قوله ويؤيده قول المصنف فحلل رغبته في تملك الكل فلا ن قول المصنف هذا يؤيد ما ذكره صاحب العناية أكثر من أن يؤيد ما ذكره العلامة الكاظمي صاحب معراج الدراية كما يظهر بالتأمل الصادق . وأما قوله وأيضاً لاتحاد وصف العقد الخ فلا ن مراد صاحب العناية أن اتحاد الصفقة شرط صحة العقد لأنه شرط نفس العقد ، كما أن الرضا أيضاً كذلك لتحقق نفس العقد فاسداً في بيع المكره مع انتفاء الرضا فيه ، وأن مراد المصنف أنه تغير شرط صحة عقده لأنه تغير شرط نفس عقده وإلا لما سأل له أن يأخذ نصف العبد بنصف الثمن يحكم ذلك العقد . ثم إن صحة العقد وصف للعقد كاتحاد الصفقة وأنه لا محدود فيكون أحد وصفيه شرطاً للاختار . وقال صاحب العناية : فإن قيل : كذب إحدى البيتين ميقن لاستحالة توارد العقدين على

(فكل واحد منهما بالخيار ، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن) الذى شهدت به بيئته ورجع على البايع بنصف ثمنه إن كان قد قلده لاستوائهما في النوى والحجة كما لو كان دعواهما في الملك المطلق وأقاما بينة (وإن شاء ترك) لأن شرط العقد الذى يصد به هو اتحاد الصفقة قد تغير عليه (فحلل رغبته في تملك الكل) ولم يحصل (فيرده) ويأخذ كل الثمن) فإن قيل : كذب إحدى البيتين ميقن لاستحالة توارد العقدين على حين واحدة كمالاً في وقت واحد ، فينبى أن تبطل البيتان . أجيب بأنهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد ، بل شهدوا بنفس العقد فجاز أن يكون كل منهما اعتمد سبباً في وقت أطلق له الشهادة به

(قوله لأن شرط العقد الخ) أقول : الظاهر أن المراد من شرط العقد هو الرضا وقد تغير ، لأنه مارضى بالعقد لإلزامه كل المبيع ، وإذا لم يسلم اختل رضاه بتفريق الصفقة كما صرح به العلامة الكاظمي ، ويؤيده قول المصنف فحلل رغبته في تملك الكل ، وأيضاً لاتحاد وصف العقد فكيف يكون شرطاً له (قوله أجيب بأنهم لم يشهدوا بكونهما الخ) أقول : فيه بحث ، فلهذا إذا شهدا بكونهما في وقت واحد فاجوب ذلك أيضاً ، وسببى من الشارح في الصحيفة الثانية من الورق الآت . قال الإقناني ناقلاً من مبسوط شيخ الإسلام أبي بكر المعروف بخواهر زاده : فإن ادعى الفراء من أحد البين في عقد ثالث ولم يقرعاً أو أراضا وتاريخهما على السواء فإنه يقضى بالدار بينهما نصفين ، ثم يتخير كل واحد منهما ، إن شاء أخذ نصفهما بنصف الثمن وإن شاء ترك . فاجواب الفاروق لائى بدفع ما إذا أورد عليه فليتأمل .

(فإن قضي القاضي به بينهما فقال أحدهما لا أختار لم يكن للأخت أن يأخذ جميعه) لأنه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه ، وهذا لأنه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبيئة لولا بيئة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعى الكل ولم يفسخ سببه ، والعود إلى النصف للمزاحة ولم توجد ، ونظيره تسليم أحد الشفعين قبل القضاء ، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء

عين واحدة كلا في وقت واحد فينبغي أن تبطل البيعتان . أجيب بأنهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز أن يكون كل منهما اعتمد سببا في وقت أطلق له الشهادة به اهـ . واعترض بعض الفضلاء على جوابه حيث قال : فيه بحث ، فإنهما إذا شهدا بكونهما في وقت واحد فالجواب ذلك أيضا ، وسيجيء من الشارح التصريح به في الورق الآتي . وذكره الإقناني هاهنا ناقلًا عن ميسوط شيخ الإسلام ، فجواب الشارح لآتي يدغم ما إذا أورد عليه انتهى . أقول : معنى جواب صاحب العناية هاهنا تعقيد مسألة الكتاب فيما سبق بقوله من غير توقيت ، فحينئذ يتم جوابه ، فإن ما يحتاج إليه من الجواب هاهنا إنما هو مقدار ما يدفع السؤال عن مسألة الكتاب وقد حصل هذا على ذلك التقيد . وأما دفع السؤال عن مسألة أخرى غير المذكورة في الكتاب ففضله من الكلام هاهنا فلا ضير في عدم وفاء جوابه بذلك . نعم تعقيد هناك ليس بمناسب رأسا كما بيناه ، ولكنه كلام آخر موضوعه ثمة ، ثم إن هاهنا جوابا آخر دافعا للسؤال عن المستثنين مما ذكره أيضا صاحب الكافي وهامة الشراح ، وهو أن البيعتين يتصور وقوعهما في وقت واحد بأن وكل المالك رجلين كل واحد منهما على الانفرد بأن يبيعا عبده فباعه كل واحد من الوكيلين معا من رجل فإنه يجوز ، وعقد الوكيل كعقد الموكل ، ويضاف عقده إلى الموكل مجازا فثبت أنه لا يستحيل ورود البيعتين في زمان واحد من رجل واحد على عين واحدة كلا (فإن قضي القاضي به) أي بالبعد (بينهما) أي بين المدعيين (فقال أحدهما لا أختار) أي لا أختار الأخذ (لم يكن للأخت أن يأخذ جميعه لأنه) أي الآخر (صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه) أي في هذا النصف ، والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود إلا بتجديد ولا يوجد . فإن قيل : هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه ؟ أجاب بقوله (وهذا لأنه خصم فيه) أي في النصف المقضي به (لظهور استحقاقه بالبيئة لولا بيئة صاحبه ، بخلاف ما لو قال ذلك) أي بخلاف ما لو قال أحدهما لا أختار الأخذ (قبل تخيير القاضي) أي قبل القضاء عليه بالخيار (حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعى الكل) وحجته قامت به (ولم يفسخ سببه) أي لم يفسخ سبب استحقاق الكل في شيء . والعود إلى النصف للمزاحة ولم توجد) يعني إنما كان القضاء له بالنصف لمانع وهو مزاحة صاحبه له ، فإذا زال المانع حيث لم توجد للمزاحة قضى له بالكل (ونظيره) أي نظير ما قال أحد مدعي الشراء لا أختار الأخذ قبل تخيير القاضي (تسليم أحد الشفعين قبل القضاء) أي تسليم أحدهما الشفعة قبل قضاء القاضي بها لما حيث يكون للأخت أن يأخذ جميع الدار (ونظير الأول) أي نظير ما قال أحد مدعي الشراء لا أختار الأخذ بعد قضاء القاضي لها بالخيار (تسليمه بعد القضاء)

(فإن قضي القاضي به بينهما نصفيين فقال أحدهما لا أختار لم يكن للأخت أن يأخذ جميعه لأنه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ العقد فيه) والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود إلا بتجديد ولا يوجد . فإن قيل : هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه ؟ أجاب بقوله (وهذا لأنه خصم فيه) أي في النصف المقضي به (لظهور استحقاقه بالبيئة لولا بيئة صاحبه ، بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي) وهو القضاء عليه حيث كان له أن يأخذ الجميع لأنه يدعى الكل والحجة قامت به ولم يفسخ سببه وزال المانع وهو مزاحة الآخر (قوله حيث يكون له أن يأخذ الجميع) يشير إلى أن الخيار باق . وذكر بعض الشارحين ناقلًا عن ميسوط شيخ الإسلام قوله زاده أنه لا خيار له وهو الظاهر ، ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للأول منهما لأنه أثبت الشراء في زمان لا يتنازع فيه أحد فاندفع الآخر به ، ولو وقت إحداها دون الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت مع

(قوله وقوله حيث يكون له ، إل قوله : يشير إلى أن الخيار باق) أقول : وإلا فكان ينبغي أن يقول حيث يأخذ الجميع ، ولا يبعد حمل كلام المصنف على المشاكلة (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول : أراد الإقناني .

(ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما) لأنه أثبت الشراء في زمان لا يتنازع فيه أحد فاندفع الآخر به (ولو وقت إحداها ولم توثق الأخرى فهو لصاحب الوقت) لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك (وإن لم يذكر تاريخاً ومع أحدهما قبض فهو أولى) ومعناه أنه في يده لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ،

أى تسليم أحد الشفعين الشفعة بعد قضاء القاضى بهما بحيث لا يكون للآخر إلا أخذ نصف الدار . وأعلم أنه لم يذكر في بعض نسخ الهداية قوله والعود إلى النصف للمزاحة إلى هنا ، وذكر في بعضها ولهذا لم يقع شرحه في بعض الشروح ، ووقع في بعضها ونحن اخترنا شرحه والتنبيه على عدم وجوده في بعض النسخ (ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما) هذا لفظ القدورى في مختصره . قال المصنف (لأنه أثبت الشراء في زمان لا يتنازع فيه أحد) فاستحقاقه من ذلك الوقت (فاندفع الآخر به) إذ قد تبين به أن الآخر اشتراه من غير المالك فكان شراؤه باطلاً ولو وقتت إحداها (أى إحدى البيتين) (ولم توثقت الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك) أقول : فيه شيء وهو أن الآخر أثبت الملك أيضاً ، وإنما الشك في أنه قبل ذلك الوقت أو بعده فاحتمال قبليته يقتضى رجحانه على صاحب الوقت واحتمال بعديته يقتضى العكس ، فالوجه في العمل بالاحتمال الثانى على أن الشك في أن أحدهما مقدم على الآخر أو مؤخر عنه يستلزم الشك أيضاً في أن الآخر مقدم عليه أو مؤخر عنه فلم يظهر الرجحان في جانب ، فالوجه ما ذكره صاحب الكافي حيث قال : ولو وقتت إحداها ولم توثقت الأخرى قضى به لصاحب الوقت لأنه يثبت له الملك في ذلك الوقت ، والذى لم يوثقت يثبت ملكه في الحال لأن شراؤه حادث فيضاف حدوثه إلى أقرب الأوقات مالم يثبت التاريخ فكان شراء الموثقت سابقاً فكان أولى انتهى (وإن لم يذكر تاريخاً ومع أحدهما قبض فهو أولى) هذا لفظ القدورى في مختصره . قال المصنف (ومعناه) أى معنى قوله ومع أحدهما قبض (أنه في يده) أى القبض ثابت في يده معاً ، وإنما احتاج إلى التفسير بهذا لأن قوله ومع أحدهما قبض يجوز أن يحمل على أن يكون معناه أثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان وهو في الحال في يد البائع ، وجاز أن يكون الحكم هناك على خلاف هذا حيث ذكر في النخبة ثبوت اليد لأحد المدينين بالمعينة ، وكذا في النهاية وغيرها . أقول : بقى هاهنا كلام ، وهو أن الظاهر أن هذه المسئلة والمسئلة السابقة التى كانت مذكورة أيضاً في مختصر القدورى وهى قوله ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما ، وكذا المسئلة التى ذكرها المصنف فى البيّن وهو قوله ولو وقتت إحداها ولم توثقت الأخرى فهو لصاحب الوقت كلها من شعب المسئلة المارة وهى قوله ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد ومتفرعاتها يرشد إليه أنه لم يمد في شيء منها لفظ الادعاء ولا ذكر إقامة البينة كما كان الأسلوب المطرد عند الانتقال إلى مسئلة مستقلة . وقد قال المصنف في صدر المسئلة معناه من صاحب اليد ، فاقضى ذلك أن يكون وضع المسئلة فيما إذا كان المدعى في يد البائع . وقال هاهنا : ومعناه أنه في يده : أى في يد أحد المدينين فاقضى هذا أن يكون المدعى في يد المشتري فكان مخالفاً لوضع المسئلة قليلاً في الترجيح (لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه) لتعليل للمسئلة المذكورة . قال صاحب الناية : وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين : إحداها أن الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات . والثانية أن «ما مع العبد بعدية زمانية فهو بعد ، فإذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان إلى أقرب الأوقات فيحكم بثبوتهما في الحال وقبض القابض مبني على شرائه ومتأخر عنه ظاهراً فكان بعد شرائه ، ويلزم من ذلك أن يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه أقدم تاريخاً ، وقد تقدم أن التاريخ المتقدم أولى انتهى . أقول : قد أخذ هذا التحقيق من تقرير صاحب الكافي وعليه عامة الشراح ، لكن لا يخفى على ذى فطنة سليمة أن ما جرت عليه عادة المصنف في أسلوب تحريره من إيجاز الكلام

احتمال الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك ولو لم يذكر تاريخاً لكنه في يد أحدهما فهو أولى (لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه) وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين : إحداها أن الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات ، والثانية أن «ما مع العبد بعدية

ولأنهما استويا في الإثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك ، وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا .

وتتقبح المرام ما يأتي أن يكون مراده ذلك ، إذ لو أراد ذلك لاكتفى بأن قال لأن قبضه يدل على سبق شرائه ، إذ يحصل به ما هو مدار ذلك التحقيق فلا يبقى للذكر تحكمه من قبضه موقع حسن ، فعندى أن تحقيق مراده هو أن تحكّم أحدهما من قبض المدهي يدل على كون شرائه إياه سابقا ، إذ لو كان شراء غير القابض إياه سابقا لما تحكّم القابض من قبضه ، فإنه يصير حينئذ ملكا لغير القابض ، والإنسان لا يمكن عادة من قبض ملك الغير بل إنما يتمكن من قبض ملك نفسه ، فلما تحكّم القابض من قبضه دل تحكّمه منه على سبق شرائه ، وهذا المعنى مع كونه ظاهرا من عبارة المصنف بلا كلفة وبلا توقف على بسط مقدمة أجنبية مستظهر تحرته بالبيئة ، وللقابض أمر مرجع وهو يده الثابتة بالمعينة لأن غير القابض يمتلك أن يكون قبل القابض في العقد في إثبات الشراء بالبيئة ، وللقابض أمر مرجع وهو يده الثابتة بالمعينة لأن غير القابض يمتلك أن يكون قبل القابض في العقد فينبض يد القابض وأن يكون بعده في العقد فلا ينقض يده فصار أمره مشكوكا (فلا تنقض اليد الثابتة بالشك) . لا يقال : بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد فينبغي أن ترجع بينة غير القابض . لأننا نقول : بينة الخارج إنما تكون أولى من بينة ذى اليد إذا ادعى ملكا مطلقا . أما إذا ادعى الملك بسبب فهما سيان نص عليه صاحب الكافي هاهنا . وقد صرحوا به في مواضع منها ما مر في أوائل باب البيّن . قال صاحب العنابة : وطول بالفرق بين هذه وبين ما إذا ادعى الشراء من اثنين وأقاما البيئة وأحدهما قابض فإن الخارج هناك أولى . والجواب أن كل واحد من المدعين ثمة يحتاج إلى إثبات الملك لبالعه أولا ، فاجتمع في حق البالعين بينة الخارج وذى اليد فكان بينة الخارج أولى ، وهاهنا ليس كذلك انتهى . وقد سبقه إلى هذا السؤال والجواب صاحب النهاية ، وزاد في البيان حيث قال : فأما هاهنا فلا يحتاجان إلى إثبات الملك ، بل هو ثابت بتصادقهما عليه ، إنما حاجتهما إلى إثبات سبب الاستحقاق عليه وسبب القابض أقوى لتأكده بالقابض فكان هو أولى انتهى . أقول : في الجواب بحث ، وهوان الذي يثبت لكل واحد من المدعين الملك له ثمة وهو باع أن كل واحد منهما ليس يده بل هو خارج كغير القابض من المدعين ، وكون بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد فيها إذا أثبتا الملك لأنفسهما مسلم ، وأما فيها إذا أثبتا لخارج اتفرق فتدبر ، ألا يرى أن الدليل الذي ذكرنا للإثبات كون بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد ، وهو أن بينة الخارج أكثر إثباتا أو ظهورا ، فإن قدر ما أثبتته اليد لأثبتته بينة ذى اليد دليل مطلق الملك انتهى . إنما يجرى فيها إذا أثبتا الملك لأنفسهما فلا فيها إذا أثبتا لخارج اتحركا لا يفتقر فتأمل (وكذا لو ذكر الآخر وقتا) أى لو ذكر غير القابض وقتا كان العبد لذى اليد أيضا (لما بينا) قال صاحب العنابة : بل حامة الشراح قوله لما بينا إشارة إلى قوله لأن تحكّمه من قبضه يدل على سبق شرائه . أقول : يرد عليهم أنهم حملوا قول المصنف فيها مر لأن تحكّمه من قبضه يدل على سبق شرائه على التحقيق المبني على المتقدمين كما مر ، وذلك التحقيق لا يجرى فيها إذا ذكر الآخر

زمانية فهو بعد . فإذا حُرف هذا قبض القابض وشراء غيره حادثان فبعضا فان إلى أقرب الأوقات فيحكم بشيئهما في الحال ، وقبض القابض مبني على شرائه ومتأخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ، ويلزم من ذلك أن يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه أقدم تاريخا ، وقد تقدم أن التاريخ المتقدم أولى (ولأنهما استويا في الإثبات) وبينه غير القابض قد تكون مما ينقض اليد وقد لا تكون (فلا تنقض اليد الثابتة بالشك) وطول بالفرق بين هذه وبين ما إذا ادعى الشراء من اثنين وأقاما البيئة وأحدهما قابض فإن الخارج هناك أولى . والجواب أن كل واحد من المدعين ثمة يحتاج إلى إثبات الملك لبالعه أولا ، فاجتمع في حق البالعين بينة الخارج وذى اليد فكان بينة الخارج أولى وهاهنا ليس كذلك (وكذا إذا ذكر الآخر) يعنى بينة الخارج (وقتا) فلو اليد أولى ، لأن بذكر الوقت لا يزول احتمال سبق ذى اليد (وقوله لما بينا) إشارة إلى قوله لأن تحكّمه من قبضه يدل على

(قوله وبينه غير القابض قد تكون الخ) أقول : إذا كانت شهادتهم بالشراء المتقدم (قوله وقد لا يكون) أقول : إذا كان المظهر به الشراء المتأخر (قوله يحتاج إلى إثبات الملك) أقول : أى الملك المطلق (قوله وهاهنا ليس كذلك) أقول : لأننا قلنا على أن الملك كان بائع (قوله وقوله لما بينا إشارة إلى قوله لأن تحكّم الخ) أقول : لا بد من التأمل أنه هل يثبتنا حقيقة المبني على المتضمنين ، بل الظاهر أنه

إلا أن يشهدوا أن شراؤه كان قبل شراء صاحب اليد لأن الصريح يفوق الدلالة . قال (وإن ادعى أحدهما شراء الآخر هبة وقبضا) معناه من واحد (وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانيين ، ولأنه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض ،

وقد لأنه لما ثبت شراء الآخر الذي هو غير القابض في وقت معين لم يبق مجال لأن يضاف إلى أقرب الأوقات ، لأن إضافة الحادث إلى أقرب الأوقات إنما تتصور فيها إذا لم يثبت التاريخ فلم تحصل المقدمة الأولى ، ولما لم يثبت تاريخ قبض القابض أضيف إلى أقرب الأوقات الذي هو الحال فلم يكن شراء غير القابض بعد شراء القابض فلم تحصل المقدمة الثانية . وأما شراء القابض فإنه وإن كان سابقا على قبضه في الظاهر فلا فعل المسلم على الصلاح دون النصب كما ذكرناه في مر ، إلا أنه ليس بممتنع سبق على الوقت الذي ذكره الآخر ، بل يحتمل أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى بالشك مثل ما ذكره المصنف فيها إذا لم يوقت أحدهما وقت الآخر ولم يكن لأحدهما قبض فالصواب أن يجعل قول المصنف فيها مر ، لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شراؤه على المعنى الذي ذكرناه هناك ، ثم يجعل قوله هاهنا لما بينا إشارة إلى ذلك القول ، إذ المعنى المذكور يمتدح فيها فمن فيه أيضا كما لا يخفى . وهذا هو الثمرة التي أشرنا إليها في مر آتفا (إلا أن يشهدوا) أي شهود الخارج (أن شراؤه) أي شراء الخارج كان (قبل شراء صاحب اليد) فحينئذ يكون الخارج أولى (لأن الصريح يفوق الدلالة) يعني أن تقدم عقد الخارج حينئذ يثبت بتصریح شهوده . وتقدم عقد الآخر بالدلالة حيث دل تمكنه من قبضه على سبق شراؤه كما مر ، ولا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح (قال) أي القُدوري في مختصره (وإن ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) قال المصنف (معناه من واحد) أي معنى ما قاله القُدوري ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا من شخص واحد ، وأما قبه ب احتراز عما إذا كان ذلك من اثنين ، فإن المدينين حينئذ سواء ولا أولوية للشراء على الهبة كما سيجيء بعد ، ثم إن تمام لفظ القُدوري (وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) وكذا الحكم إذا أرغنا وتاريخهما على السواء كما ذكر في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام (لأن الشراء أقوى) أي من الهبة لكونه معاوضة من الجانيين (والهبة تبرع يوجب الاستحقاق من جانب فكانت بينة الشراء مثبتة للأكثر فكانت أولى ، لأن البينات ترجح بكثرة الإثبات) (ولأنه يثبت الملك بنفسه) عطفا على قوله لكونه معاوضة من الجانيين لأجل قوله لأن الشراء أقوى : أي ولأن الشراء يثبت الملك بنفسه من غير توقف على شيء (والملك في الهبة يتوقف على القبض) ولا شك أن ما يثبت الملك بذاته أقوى مما يثبت به بواسطة الغير ، فكان هذا دليلا لغيره على كون الشراء أقوى من الهبة ، يشهد بذلك قول المصنف فيها سيأتي لاستوثاقهما في القوة ، فإن كل واحد منهما عقد معاوضة فثبت الملك بنفسه انتهى .

قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : لأنه لكونه معاوضة من الجانيين كان أقوى ، ولأن الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبت إلا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا ، والشراء يثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض انتهى . أقول : الظاهر من تحريره هذا كما ترى أنه جعل قول المصنف ولأنه يثبت الملك بنفسه معطوفا على قوله لأن الشراء أقوى ، فجعل كلا منهما دليلا مستقلا على أصل المسئلة ، وهو أولوية الشراء كما هو صريح كلام صاحب الكافي هاهنا ، لكن لا يخفى على ذي مسكة أن قول صاحب العناية بعيد . هذا : وقوله لما بينا أشار إلى ما ذكر من الوجهين في أن الشراء أقوى انتهى . فظاهر الدلالة على أن يكون

سبق شراؤه (إلا أن يشهد شهود الخارج أن شراؤه كان قبل شراء صاحب اليد) فإنه تنقض بها اليد (لأن الصريح يفوق الدلالة ، وإذا ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) قال المصنف (معناه من واحد) احتراز عما إذا كان ذلك من اثنين كما سيجيء (وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) لأنه (لكونه معاوضة من الجانيين) كان أقوى ، ولأن الشراء يثبت الملك بنفسه

إشارة إلى قوله لا تنتفض اليد الثابتة بالشك ، إلا أن قوله لأن الصريح بالغ بقرينة الأول (قوله ولأن الشراء ، إلى قوله : ثابتين معا بالغ) أقول : بل يثبت الشراء مع القبض ، إذ الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات على ما مر آتفا ، فلا يثبت مطلوبه الذي هو سبق ملك مدعى الشراء . هذا والظاهر أن قوله ولأنه يثبت الملك بنفسه بالغ دليل آخر لكون الشراء أقوى لا لكونه أولى فانهم . يشهد لذلك قوله في دليل المسئلة

وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا (والمبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما) لاستوائهما في وجه التبرع ، ولا ترجيح بالزوم لأنه يرجع إلى المال وال ترجيح بمعنى قائم في الحال ، وهذا فيما لا يمتثل القسمة صحيح ، وكذا فيما يمتثلها عند البعض لأن الشيوع طارئ ، وعند البعض لا يصح لأنه تنفيذ المبة في الشائع وصار كإقامة البيتين على الارتبان وهذا أصح .

قول المصنف ولأنه ثبت الملك بالغ معطوف على قوله لكونه معاوضة من الجانبين ويكون كل منهما وجها مستقلا لكون الشراء أقوى كما قررناه (فيما قبل ، فيمن كلاميه تدافع لا يمتثل وكذا الشراء والصدقة مع القبض) أي كذا الحكم إذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة مع القبض (لما بينا) إشارة إلى ما ذكره في المسئلة السابقة من الوجهين لكون الشراء أقوى (والمبة والقبض والصدقة مع القبض سواء) يعني إذا ادعى أحدهما مبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء (حتى يقضى بينهما) أي نصبتين ، كذا في الكافي وغيره (لاستوائهما في وجه التبرع) فإن قيل : لانسلم التساوي فإن الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون المبة ، أجاب بقوله (ولا ترجيح بالزوم لأنه يرجع إلى المال) أي يظهر أثره في ثاني الحال ، إذ الزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل (وال ترجيح بمعنى قائم في الحال) أي الترجيح إنما يقع بمعنى قائم في الحال لا بمعنى يرجع إلى المال . وأجيب أيضا بأن امتناع الرجوع في الصدقة لحصول المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب ، ولهذا لو وقعت المبة لدى رحم محرم لم يرجع فيها أيضا لحصول المقصود وهو صلة الرحم (وهذا) أي القضاء بالتصنيف بينهما (فيما لا يمتثل القسمة) كالحمام والرحى (صحيح ، وكذا فيما يمتثل) أي فيما يمتثل الانقسام كالدار والبستان (عند البعض لأن الشيوع طارئ) يعني أن كل واحد منهما أثبت قبضه في الكل ، إلا أنه لم يسلم له البعض لراحة صاحبه فكان الشيوع طارئا وإذا لا يمنع صحة المبة والصدقة (وعند البعض لا يصح) ولا يقضى لهما بشيء (لأنه تنفيذ المبة في الشائع) فصار كإقامة البيتين على الارتبان . قيل هذا قول أبي حنيفة . أما عند أبي يوسف وعبد رحمهما الله فينبغي أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين ، والأصح أنه

والمبة لا تلتزم إلا بالقبض فكان القبض فكان المبة ثابتين معا ، والشراء يثبت الملك دون المبة لتوقفها على القبض ، وكذا إذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة والقبض . وقوله (لما بينا) إشارة إلى ما ذكر من الوجهين في أن الشراء أقوى (وإذا ادعى أحدهما مبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء ، ويقضى به بينهما لاستوائهما في وجه التبرع) فإن قيل : لانسلم التساوي فإن الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون المبة ، أجاب بقوله (ولا ترجيح بالزوم . وتقريره أن الترجيح بالزوم ترجيح بما يرجع إلى المال : أي بما يظهر أثره في ثاني الحال ، إذ الزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل ولا ترجيح بما يرجع إلى المال لأن الترجيح إنما يكون بمعنى قائم في الحال (وهذا) أي الحكم بالتصنيف بينهما (فيما لا يمتثل القسمة) كالحمام والرحى صحيح (وكذا فيما يمتثلها) كالدار والبستان (عند البعض) لأن كل واحد منهما أثبت قبضه في الكل ، ثم الشيوع بعد ذلك طارئ وذلك لا يمنع صحة المبة والصدقة (وعند البعض لا يصح) ولا يقضى لهما بشيء (لأنه تنفيذ المبة في الشائع فصار كإقامة البيتين على الارتبان) قيل هذا قول أبي حنيفة ، أما عند أبي يوسف وعبد فينبغي أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين . والأصح أنه لا يصح في قولهم جميعا ، لأننا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فإمّا نقضى له بالعقد

الآتية لاستوائهما في القوة فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه كما لا يخفى (قوله دون المبة لتوقفها على القبض) أقول : فكان ملك منى إقرار سابقا (قوله وإذا ادعى أحدهما إقرار بالغ) أقول : والظاهر أنه إذا ادعى أحدهما أنه قبضها عوضا عن هبة والآخر الشراء ، فكذا جواب المسئلة لغير اللذين بينهما (قوله ترجيح بما يرجع إلى المال) أقول : لا ترجيح بما يرجع إلى المال ، بل الترجيح إنما يكون بمعنى قائم في الحال (قوله إذ الزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل) أقول : فإن قيل : ظهور الأمر في ثاني الحال إنما هو لقوة العقد في الحال فيثبت المطلوب . قلنا : لانسلم بل لحصول الأجر المتصدق وهو كوصول الموضع الواجب فتأمل .

قال (وإذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته أنه تزوجها عليه فهما سواء) لاستوائهما في القوة فإن لكل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند أبي يوسف . وقال محمد : الشراء أولى ولها على الزوج القيمة لأنه أمكن العمل باليتين بتقديم الشراء ، إذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه

لا يصح في قولهم جميعا ، لأننا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فإنما نقضى له بالعقد الذي شيد به شهوده ، وعند اختلاف العقدين لا يجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا ، وإنما يثبت الملك بقضاء القاضى ويمكن الشيوخ في الملك المستفاد بالهبة مانع صحبها ، كذا في العتابة وغيرها (قال) أى القدورى في مختصره (وإذا ادعى أحدهما الشراء) أى شراء شيء كعبد مثلا من رجل (وادعت امرأته أنه) أى ذلك الرجل (تزوجها عليه) أى تزوج المرأة المدعية على ذلك المدعى (فهما سواء) أى يقضى بذلك المدعى بينهما نصفين (لاستوائهما) أى لاستواء الشراء والتكاح (في القوة فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه) هذا إذا لم يورثها أو أرثها وتاريخهما على سواء ، أما إذا أرثها وتاريخ أحدهما أسبق فالأسبق أولى ، كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام خواهرزاده . وعن هذا قال صاحب العتابة في تقرير مسئلة الكتاب : إذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته أنه تزوجها عليه وأقاما البينة ولم يورثها أو أرثها وتاريخهما على سواء يقضى بالعبد بينهما انتهى . وفى التبيين للإمام الزيلعى : ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق الآخر نصف المسمى والمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن إن شاء ، وإن شاء فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه انتهى (وهذا) أى الحكم المذكور وهو التسوية بينهما (عند أبي يوسف . وقال محمد : الشراء أولى ولها على الزوج القيمة) أى للمرأة على الزوج تمام قيمة العين المدعاة (لأنه أمكن العمل باليتين بتقديم الشراء) يعنى أن العمل بالبينات مهما أمكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع ، فإن قدمنا التكاح بطل العمل بها لأن الشراء بعده يبطل إذا لم تجزه المرأة ، وإن قدمنا الشراء صح العمل بها (إذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه) بأن لا يجزئه صاحبه فتعين تقديم الشراء . أقول : هل هنا إشكال ظاهر ، وهو أن العمل باليتين بتقديم الشراء إنما يتصور فيها إذا لم يورثها . وأما إذا أرثها وتاريخهما على سواء فلا كما لا يخفى . والمثلية نعم الصورتين كما مرأنا فكيف يتم خلاف محمد . ودليله المذكور في الصورة الثانية ولم يرو عن أحد تخصيص الخلاف بالصورة الأولى ، وقد تحمل بعضهم في دفعه فقال : ويمكن أن يقال معنى الشهادة على التاريخيين المتحددين أن يقول الشهود مثلا : كان العقد في أول الظهر من

الذى شيد به شهوده ، وعند اختلاف العقدين لا يجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا ، وإنما يثبت الملك بقضاء القاضى ويمكن الشيوخ في الملك المستفاد بالهبة مانع صحبها . قال (وإذا ادعى أحدهما الشراء الخ) إذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته أنه تزوجها عليه وأقاما البينة ولم يورثها أو أرثها وتاريخهما على سواء يقضى بالعبد بينهما لاستوائهما في القوة ، فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه ، والمرأة على زوجها نصف القيمة ، ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن إن كان تقده إياه ، وهذا عند أبي يوسف . وقال محمد : الشراء أولى ، لأن العمل بالبينات مهما أمكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع ، فإن قدمنا التكاح بطل العمل بها لأن الشراء بعده يبطل إذا لم تجزه المرأة ، وإن قدمنا الشراء صح العمل بها لأن التزوج على ملك الغير صحيح والتسمية صحيحة ، وتجب القيمة إن لم يجز صاحبه فتعين تقديمه وتوجب لها على الزوج القيمة . وذكر في الأمراء جواب أبي يوسف عما قاله محمد أن المقصود من ذكر السبب ملك العين والتكاح إذا تأخر لم يوجب ملك المسمى

(قوله وعند اختلاف العقدين لا يجوز الهبة) أقول : أريد بالهبة ما يعم الصلقة على سبيل عموم المهاز (قوله فإن قدمنا التكاح الخ) أقول : كيف يقدم إذا أرثها وتاريخهما على سواء ؟ وتخصيص الخلاف بما إذا لم يورثها خلاف الظاهر من تقريره . ويمكن أن يقال معنى الشهادة على أن التاريخيين المتصدين أن يقولوا مثلا كان العقد في أول الظهر من اليوم القلادى وظاهر أنه يسع فيه العقود المتتدة على التقدم والتأخر إذا لم ترشاهدين يشهدان على وقت مضى لا يسع فيه عقدين اثنين ، وبه يظهر الجواب عن السؤال المذكور في الصحيفة السابقة بوجه آخر (قوله وذكر في الأمراء ، إل قوله : لم يوجب ملك المسمى الخ) أقول : فيه بحث ، إذ لا يفتى بهذا ما ذكره محمد ، فإنه إذا تأخر التكاح ثبت ملك العين

(وإذا ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخره وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى) وهذا استحسان ، وفي القياس الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبت . وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى ، بخلاف الهبة بشرط العوض لأنه بيع انتهاء البيع أولى من الرهن لأنه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى ، والرهن لا يثبت إلا عند الهلاك معنى لاصورة فكذا الهبة بشرط العوض (وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى) لأنه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته

اليوم القلاني ، وظاهر أنه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر إذ لم نر شاهدين يشهدان على وقت مضيق لا يسع فيه عقدان انتهى . فأمثل . قال صاحب العناية : وذكر في الأسرار جواب أبي يوسف عما قاله محمد أن المقصود من ذكر السبب ملك العين ، والنكاح إذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما إذا تأخر الشراء فهما سواء في حق تملك العين انتهى . وقال بعض الفضلاء : فيه بحث ، إذ لا يتدفع بهذا ما ذكره محمد ، فإنه إذا تأخر النكاح ثبت ملك العين في المسمى لدعي الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فوجد العمل باليثنين بقدر الإمكان ، بخلاف ما إذا سويتا هما انتهى . أقول : هذا البحث ساقط لأنه لا يثبت ملك العين لمدعية المهر عند تأخر النكاح لاصورة ولا معنى ، إذ لم نسمع جمل ملك القيمة ملك العين لا بحسب اللغة ولا بحسب العرف . ولئن سلم ذلك فلا يبيح يوسف أن يقول : المقصود من ذكر السبب ملك العين صورة ، إذ لو لاه لا يكفي في الدعوى بذكر مبلغ القيمة فهما سواء في حق ذلك (وإن ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخره وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى) هذا لفظ القدوري في مختصره . قال المصنف (وهذا استحسان ، وفي القياس الهبة أولى) وهو رواية كتاب الشهادات ، كذا في النهاية ومراجع الدراية . وجه القياس قوله (لأنها) أي لأن الهبة (تثبت الملك) أي ملك العين (والرهن لا يثبت) فكانت بينة الهبة أكثر إثباتا فهي أولى (وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون) ولهذا قالوا : إن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين (وبحكم الهبة) أي المقبوض بحكم الهبة (غير مضمون وعقد الضمان أقوى) أي من عقد التبرع ، ولأن بينة الرهن تثبت ببلدين المهرين والدين ، والهبة لا تثبت إلا بدلا ولحدا فكانت أكثر إثباتا فكانت أولى ، كذا في الشرح بخلاف الهبة بشرط العوض) يعني لا ترد الهبة بشرط العوض نقضاً حيث كانت أولى من الرهن (لأنه بيع انتهاء) أي لأن الهبة بيع انتهاء ، وتذكير الضمير الراجع إلى الهبة باعتبار الخبر أو بتأويل العقد (والبيع أولى من الرهن لأنه) أي البيع (عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى ، والرهن لا يثبت إلا عند الهلاك معنى لاصورة هكذا الهبة بشرط العوض) أي فكذا الهبة بشرط العوض أولى من الرهن لكونها بيعاً انتهاء . فإن قلت : الترجيع بمعنى قائم في الحال والهبة بشرط العوض بيع انتهاء تبرع ابتداء فتكون كالهبة مع الصدقة . قلت : نعم هي معاوضة انتهاء ، ولكن ذلك المعنى مقصود المعاقدة لا ابتداء عادة فتكون معاوضة ابتداء نظراً إلى المقصود ، بخلاف الزوم في الصدقة فإنه غير مقصود للمتصدق فلا يكون الزوم قائماً في الحال ، لا نظراً إلى العقد ولا إلى المعاقدة ومقصوده كذا في شرح تاج الشريعة (وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى) هذا لفظ القدوري في مختصره . قال المصنف في تعليقه (لأنه) أي لأن صاحب التاريخ الأقدم (أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته

كما إذا تأخر الشراء فهما سواء في حق ملك العين) وإذا ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخره وقبضا وأقاما فالرهن أولى ، وهذا استحسان . وفي القياس : الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبت) فكانت بينة الهبة أكثر إثباتا فهي أولى (وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون ، وعقد الضمان أقوى من عقد التبرع ، ولا ترد الهبة بشرط العوض فلزمت أولى من الرهن لأنها بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن ، لأن البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى ، والرهن لا يثبت إلا عند الهلاك معنى لاصورة (وإن أقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ ، فصاحب التاريخ الأقدم أولى لأنه أثبت أنه أول المالكين) وكل من هو كذلك لا يتلقى الملك إلا من جهته ، والعرض أن الآخر لم يتلق منه ، وهذا قول في المسمى لدعي الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فوجد العمل باليثنين بقدر الإمكان ، بخلاف ما إذا سويتا .

ولم يلق الآخر منه . قال (ولو ادعى الشراء من واحد) معناه من غير صاحب اليد

ولم يلق الآخر منه) أى والفرض أن الآخر لم يلق منه هذا قول أبى حنيفة وقول أبى يوسف آخرها ، وبه قال محمد أولا ، وأما على قول محمد آخرها فيبقى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة ، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فى النواحد من أبى حنيفة أنه يقضى بينهما لأنه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد فى دعوى الملك المطلق فى أصح الروايات ، وعلى قول أبى يوسف يقضى للذى أرخ ، وعلى قول محمد يقضى للذى لم يؤرخ لأنه يدعى أولية الملك ، كلما فى النهاية نقلا عن النخبة ، وسيأتى تمام بيانه فى الكتاب إن شاء الله تعالى (قال) أبى القدرى فى مختصره (ولو ادعى الشراء من واحد) قال المصنف (معناه من غير صاحب اليد) أى معنى قوله من واحد من غير صاحب اليد . قال صاحب النهاية : ليس فى تقييده بقوله معناه من غير صاحب اليد زيادة فائدة ، فإن فى هذا الحكم المترتب عليه وفى سائر الأحكام ليطاوع أن يكون دعواهما الشراء من صاحب اليد أو من غيره بعد أن يكون البائع واحداً لأنه ذكر فى النخبة : دار فى يد رجل ادعاه رجلان كل واحد منهما يدعى أنه اشتراه من صاحب اليد بكلا ، فإن أرخا وتاريخهما على سواء أو لم يؤرخا فالدار بينهما نصفان لأنهما استويا فى الدعوى والحجة ، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى ، لأنه أثبت شراءه فى وقت لا يتنازع فيه أحد فثبت شراؤه من ذلك الوقت ، ويبين أن الآخر اشتراه من غير المالك . وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالأول أولى تقليلاً لنقص ما هو ثابت ، لأننا إذا جعلنا المؤرخ أولى فقد نقصنا شراء الآخر لا غير . وأما إذا قضينا للذى لا تاريخ له لنقصنا على صاحب التاريخ شراءه وتاريخه بعد ما ثبت الأمران

أبى حنيفة وأبى يوسف آخرها وقول محمد أولا . ثم قال محمد : يقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة ، وإن أرخ أحدهما دون الآخر فى النواحد من أبى حنيفة أنه يقضى بينهما لأنه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد فى دعوى الملك المطلق فى أصح الروايات . وعلى قول أبى يوسف يقضى لمن أرخ ، وعلى قول محمد يقضى لمن لم يؤرخ لأنه يدعى أولية الملك ، وسيأتى تمام بيانه إن شاء الله تعالى (ولو ادعى الشراء من واحد وأقامها ولم يؤرخ أو أرخا وتاريخهما على سواء قضى به بينهما ، وإن أرخا تاريخين متساويين فالأول أولى لما بينا) أنه أثبت فى وقت لا يتنازع له فيه فكان استحقاقه ثابتاً من ذلك الوقت وأن الآخر اشتراه من غير مالك فكان باطلا . قيل لا تفاوت فيها ذكر فى الكتاب من الحكم بين أن يكون البائع واحداً أو اثنين ، وإنما التفاضل بينهما إذا أثبت أحدهما دون الآخرى على ما سيذكر بعينه هذا . وقوله (معناه من غير صاحب اليد) ليس فيه زيادة فائدة ، فإنه لا تفاوت فى سائر الأحكام بين أن يكون ذلك الواحد ذا اليد أو غيره ، فإنه ذكر فى النخبة : دار فى يد رجل

(قال المصنف : ولو ادعى الشراء إلى قوله : فالأول أولى) أقول : قال العلامة الكاشى ثبما لمصاحب النهاية : وفى هذا الحكم ليطاوع أن يكون بينهما واحداً أو اثنين لما أن صاحب التاريخ الأقدم أول ، وإنما يطاوع الحكم بينهما فيما إذا وقعت إحدى البيتين ولم يثبت الأخرى على ما ذكره هذا بقوله : بخلاف ما إذا كان البائع واحداً انتهى . قال العلامة النسق فى الكافي : وإن ادعى الشراء من واحد ولم يؤرخ أو أرخا فأرخا واحداً فهو بينهما نصفان لاسعوايتهما فى الحجة ، وإن أرخا وإحداهما أسبق تاريخاً يقضى لاسبقتهما تاريخاً اتفاقاً ، بخلاف ما لو ادعى الشراء من رجلين لأيهما يثبتان الملك لهماهما ولا تاريخ ملك البائعين فعارضته الملك لا يثبت به وصار كأنهما شحرا وأقاما البيتين على الملك بلا تاريخ فيكون بينهما انتهى . وهكذا فى الكفاية وشرح الكنز للزهرى . ثم قال فى الكفاية : الأسبق أولى رواية واحدة فيما إذا كان البائع واحداً ، وهما إذا كان البائع اثنين اختلفت روايات الكتب فيها فذكرنا فى الكتاب ، يشير إلى أنه لا عبرة لسبق التاريخ . وفى المبسوط ما يدل على أن أسبق التاريخين أول فى ذلك أيضا انتهى . فظهر أن ما فى النهاية وسراج الدراية حين على رواية ، وما فى الكافي والكفاية وشرح الكنز على رواية أخرى ، وهو غلط صاحب الهداية أيضا على ما يشير إليه كلامه ، إلا أن فى الدليل الذى ذكره على علم احتياط السبق فذلك خطأ ، فإن بينة مدعى الأسبق تثبت لباتمه ملكا سابقا ، وإذا أثبت أحد مدعىي الملك المطلق تاريخاً أقدم فهو أولى بغير شك . وقوله ولا تاريخ ملك البائعين خير ظاهر ، بل الظاهر خلافه حيث يتضمن إثبات تاريخ ملك المدعين إثبات تاريخ ملك البائعين (قوله قيل لا تفاوت) أقول : التفاضل صاحب النهاية (قوله ليس فيه زيادة فائدة) أقول : فائدة دفع توهم التكرار فى كلام القدرى .

وأقاما البيعة على تاريخين فالأول (أولى) لما بينا أنه أثبت في وقت لامتنازع له فيه (وإن أقام كل واحد منهما البيعة على الشراء من آخر وذكرنا تاريخاً فهما سواء

بالبيعة ، وإذا ادعى الخارجان تلقى الملك من واحد آخر بأن ادعى رجل أنه اشترى هذه الدار من فلان بكذا مسمى رجلاً وجاء رجل آخر وادعى أنه اشترى هذه الدار من فلان ذلك بعينه ، فإن لم يورثها أو أرتخا وتاريخهما على السواء يقضى بالدار بينهما ، وإن أرتخا وتاريخ أحدهما سبق يقضى لأسبقهما تاريخاً ، وإن أرتخ أحدهما ولم يورث الآخر فالأول أولى لما قلنا انتهى . وقد اتفق أكثر الشراح أثر صاحب النهاية في مواصلة المصنف هلنا بالوجه المذكور . وقال صاحب الكفاية : قيد بقوله معناه من غير صاحب اليد كى لا يلزم التكرار ، لأنه قال أولاً : ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد ، ورتب عليه الأحكام وذكر من جعلنا هذا الحكم المذكور هنا : فيثبت بذلك أنه لافرق بين أن يدعي الشراء من صاحب اليد أو من غيره من هذا الحكم انتهى . أقول : الحق ما قاله صاحب الكفاية . وتوضيحه أن الإمام القدوري لما ذكر هذا الحكم في مختصره مرتين إحداها هلنا والأخرى في أثناء الأحكام المتشعبة من قوله فيما مر ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه حيث قال هناك : ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما فهم التكرار من كلامه في الظاهر فنصف المصنف قوله الأول إلى ما إذا ادعى من صاحب اليد ، وقوله الثاني إلى ما إذا ادعى من غير صاحب اليد احتراماً عن التكرار على ما يقتضيه حمل المؤمن على الصلاح فلا غبار فيه أصلاً . والعجب ممن طعنوا فيه أنهم قالوا يصدد شرح قول المصنف فيها من معناه من صاحب اليد ، إنما قيد به لأن كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو إما أن ادعى الشراء من واحد أو اثنين ، فالحكم على التفصيل يسمى بعد هذا في الكتاب انتهى ، وذلك الكلام منهم اعتراف بأن معنى قوله هلنا ولو ادعى الشراء من واحد ادعى من غير صاحب اليد ، إذ لا يسمى في الكتاب مسألة إن ادعى الشراء من واحد غير قوله هذا ، وبأن فائدة التقييد هناك الاحترار عن التكرار فكيف لم يثبتوا كون فائدة التقييد هلنا أيضاً الاحترار عن التكرار (وأقاما البيعة على تاريخين) هذا من جهة ما سبق : أى لو ادعى الشراء من واحد غير صاحب اليد وأقاما البيعة على تاريخين (فالأول أولى) أى فصاحب التاريخ الأول (لما بينا) أى في مسألة إن ادعى الشراء من صاحب اليد (أنه أثبت) أى أن صاحب التاريخ الأول أثبت الشراء (في وقت لامتنازع له فيه) أى في ذلك الوقت فاندفع الآخر به (وإن أقام كل واحد منهما البيعة على الشراء من آخر) كان أقام أحدهما البيعة على الشراء من زيد والآخر على الشراء من عمرو (وذكرنا تاريخاً فهما سواء) قال صاحب النهاية ومراجع الدراية : أى ذكرنا تاريخاً واحداً ، وأما لو ذكرنا تاريخين فالسابق أولى لإثبات الملك لباقة في وقت لا يتنازع فيه ويرجع الآخر باليمن على باقته لاستحقاق المبيع من يده ، كذا في المبسوط انتهى . وقد سلك صاحب العناية مسلكهما في شرح المقام حيث قال : وذكرنا تاريخاً واحداً فهما سواء انتهى . وقال صاحب الكفاية أخذنا من الكافي : أى سواء كان تاريخهما واحداً أو كان أحدهما سبق تاريخاً فهما سواء ، لأهما يثبتان الملك لباقتهما ولا تاريخ للملك الباقي فيصير كأنهما حضرا

ادعاهما رجلاً كل واحد منهما يدعي أنه اشتراه من صاحب اليد بكذا ورتب عليه الأحكام (وإن أقام كل واحد منهما البيعة على الشراء من آخر) كان أقام أحدهما على الشراء من زيد مثلاً وآخر على الشراء من عمرو (وذكرنا تاريخاً واحداً فهما سواء

(قوله ورتب عليه الأحكام) أقول : إل هنا كلام النهاية مع تغيير يسير (قال المصنف : وإن أقام كل واحد منهما البيعة على الشراء من آخر وذكرنا تاريخاً فهما سواء) أقول : قال الزيلعي : يكون بينهما فصلين سواء كان تاريخ أحدهما أقدم أو لم يكن انتهى . قال الحنفى : أى تاريخاً واحداً ، وإن كان تاريخ أحدهما سبق كان أولى على قول أبي حنيفة ، وهو قول أبي يوسف وأما ، وهو قول محمد في رواية أبي سفيان ، وعلى قول أبي يوسف الأول يقضى بينهما انتهى . ولا يخفى التناقض بين الكلبيين ، فقليل فدفعه إن الكلام مبنى على روايتين ، فإى غاية البيان مبنى على رواية ما ذكره الزيلعي ، وإلغى يشير إليه كلام المحدثين مبنى على رواية أخرى فليعتبر ، وأدت خبراً بأن للفهرم من دليل

لأنهما يثبتان الملك لبايعهما فيصير كأنهما حضرا ثم يغير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل (ولو وقت إحداي البيتين وقتا ولم توقت الأخرى قضى بينهما نصفين) لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك

وأقاما البيعة على الملك بدون التاريخ كان الملك بينهما ، فكذا فيمن تلقى الملك منهما ، بخلاف ما إذا ادعيا الشراء من واحد معين لأنهما اتفقا أن الملك كان له ، وإنما يختلفان في التلقي متواسقهما تاريخا ، أثبت التلقي لنفسه في زمان لا يتنازع فيه صاحبه فيقضى له بذلك ، ولا يقضى للغير بعد ذلك إلا إذا ادعى التلقي منه والآخر لا يدعى التلقي منه انتهى . وقد سلك الإمام الزليلى هذا المسلك في شرح هذا المقام من الكنز . أقول : السر في اختلاف كلمات الفقهاء من شراح هذا الكتاب وغيره في حل هذه المسئلة هو اختلاف الروايتين عن المجتهدين فيما إذا ادعيا الشراء من اثنين وكان أحدهما أسبق تاريخا كما صرح به في معتبرات الفتاوى حيث قال في فتاوى قاضيخان : وإن ادعيا الشراء كل واحد منهما من رجل آخر أنه اشتراها من فلان وهو يملكها وأقام آخر البيعة أنه اشتراها من فلان آخر وهو يملكها فإن التقاضى يقضى بينهما ، وإن وقتنا فصاحب الوقت الأول أولى في ظاهر الرواية ، وعن محمد أنه لا يعتبر التاريخ ، وإن أرخ أحدهما دون الآخر يقضى بينهما اتفاقا انتهى . وقال في البدائع : أما إذا ادعيا الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت وأقاما البيعة على ذلك يقضى بينهما نصفين ، وإن كان وقتهما واحدا فكل ذلك ، وإن كان أحدهما أسبق من الآخر فالأسبق تاريخا أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وكذا عند محمد في رواية الأصول ، بخلاف الميراث فإنه يكون بينهما نصفين عنده . وعن محمد في الإملاء : أنه سوى بين الميراث وبين الشراء ، وقال : لأهمية بالتاريخ في الشراء أيضا إلا أن يورثها ملك البائعين انتهى . وذكر في الذخيرة أيضا كذلك مع نوع تفصيل وكذا في غيرها . ثم أقول : الذي يظهر من نقل تلك المعتبرات أن كون صاحب التاريخ الأسبق أولى فيما إذا ادعيا الشراء من اثنين ظاهر الرواية ، وأنه قول أكثر المجتهدين وأكبرهم ، فحمل مسئلة الكتاب على ما لا يتأليه أولى كما لا يخفى . قال المصنف في تعليل المسئلة المذكورة (لأنهما يثبتان الملك لبايعهما فيصير كأنهما حضرا) أي فيصير كأن البائعين حضرا وادعيا وأرثتا تاريخا واحدا (ثم يغير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل) أي من أن كل واحد منهما بالتاريخ ، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن ، وإن شاء ترك (ولو وقت إحدا البيتين وقتا ولم توقت الأخرى قضى بينهما نصفين) يعني إذا ادعى الخارجان شراء كل واحد من رجل آخر وأقاما البيعة ووقتت إحدا البيتين دون الأخرى قضى بينهما نصفين (لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك) أي على تقدم ملك باله : يعني أن كل واحد من المدينين هاهنا خصم عن بائعه في إثبات الملك له ، وتوقيت إحداهما لا يدل على تقدم

لأنهما يثبتان الملك لبايعهما فيصير كأنهما حضرا) وادعيا وأرثتا تاريخا واحدا (ثم يغير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل) أن كل واحد منهما بالتاريخ ، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك (ولو أقتت إحداهما دون الأخرى قضى بينهما نصفين) لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك بلحواز أن يكون الآخر أقدم ، بخلاف ما إذا كان البائع واحدا لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهة ، فإذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به) لأن الثابت بالبيعة كالثابت حيانا ، ولو عايناهما الملك حكمتا به ، فكذا إذا أثبت بالبيعة إلا إذا تبين أنه تقدم عليه شراء غيره . ولقائل أن يقول : حاصل الفرق بين المشتئين ما ذكر من قوله لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهة ، وأما الباقي فشارك بين المشتئين ، وذلك لا مدخل له في الفرق بلحواز أن يقال : من ثبت له الملك بالبيعة فهو كمن ثبت له حيانا فيحكم به ، إلا إذا تبين تقدم شراء غيره ، والجواب أن لذلك مدخلا

صاحب الهداية خلاف ذلك (قوله لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك) أقول : أي ملك بائعه ، فإنه يرجع إلى دعوى الملك المطلق لبايعهما ، وتوقيت إحداهما في الملك المطلق لأفندي الأولوية لما سبق آنفا وسيجيء أيضا (قوله لأن الثابت بالبيعة كالثابت حيانا) أقول : بل الحق تسميه بقولنا لأن الشراء أمر حادث فيضان إلى أقرب الأوقات إذا لم يبين وقته فيلتزم شراء غير المخروخ حكما ، إلا إذا تبين العك فلا يرد حينئذ سؤال المصنف بقوله : ولقائل أن يقول اللغ فليتأمل (قوله بلحواز أن يقال من ثبت له الملك اللغ) أقول : يعني في المشتئين

بلجواز أن يكون الآخر أقدم ، بخلاف ما إذا كان البائع واحدا لأتبعهما اتفاقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته : فإذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره .

ملك بائعه (بلجواز أن يكون الآخر أقدم) أى بلجواز أن يكون البائع الآخر أقدم في الملك (بخلاف ما إذا كان البائع واحدا لأتبعهما) أى المدعين (اتفاقا) في هذه الصورة (على أن الملك لا يتلقى أى لا يؤول (إلا من جهته) أى من جهة البائع الواحد ، فحاجة كل واحد منهما إلى إثبات سبب الانتقال إليه وهو الشراء لا إلى إثبات الملك للبائع (فإذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره) قال صاحب العناية : لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا ، ولو عاينا بيده الملك حكمتا به فكذلك إذا ثبت بالبينة إلا إذا تبين أنه تقدم عليه شراء غيره انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن الكلام في توقيت إحدى البينتين لأى إثباتها اليد فلا يلزم من كون الثابت بالبينة الموقفة كالمالك الثابت للمعين باليد فلا تعلق لقوله ولو عاينا بيده الملك حكمتا به بالمقام ، وإنما اللزوم من كون الثابت بالبينة كالثابت عيانا أن يكون شراءه من وقت بينته كالشراء للمعين لثبوته بالبينة ، ولكن الآخر مشترك في هذا اللزوم لثبوت شراؤه أيضا بالبينة . نعم بينهما فرق من حيث أن الأول يصير بمنزلة من عاينا شراؤه ووقته معلوم متعين عندنا الآن . والثاني يصير بمنزلة من عاينا شراؤه أيضا ولكن وقته غير معلوم عندنا الآن ، بل محتمل للتقدم على الآخر والتأخر عنه ، إلا أن هذا الفرق لا يمدى نفعه ، إذ الظاهر أننا لا نحكم في هذه الصورة أيضا لصاحب الوقت المعين ما لم نعرف أنه أسبق من الآخر . فالوجه في تعليل كلام المصنف ههنا أن يقال : لأن الشراء أمر حادث ، والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات مالم يتبين وقته على ملأه القاعدة المقررة عندهم ، فشراء غير الموقت يضاف إلى أقرب الأوقات وهو الحال فيتأخر عن شراء الموقت حكما ، وقد أشير إلى هذا الوجه ههنا إجمالا في غاية البيان وشرح تاج الشريعة ، ومزمنا تفصيل نظيره فيما سبق نقلا عن الكافي فنذكر . ثم قال صاحب العناية : ولقال أن يقول : حاصل الفرق بين المستثنين ما ذكر من قوله لأتبعهما اتفاقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته . وأما الباقي فشركه بين المستثنين ، وذلك لا مدخل له في الفرق بلجواز أن يقال : من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم به ، إلا إذا تبين تقدم شراء غيره . والجواب أن لذلك مدخلا في الفرق لأن البائع إذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا ، وقد ثبت لأحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك إن تأخر لم يضر وإن تقدم ملك فتعارض فيرجح بالوقت . وأما إذا كان متعددا فكما جاز أن يقعا متعاقبين جاز أن يقعا معا ، وفي ذلك تعارض أيضا فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاهي التعارض انتهى . أقول : في الجواب بحث ، أما أولا فلأن قوله لأن البائع إذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا ممنوع بلجواز أن يوكل واحد رجلين ببيع عبده مثلا فيبيع كل واحد منهما من رجل في وقت واحد . وعقد الوكيل كمقد الموكل فيضاف عقده إلى الموكل مجازا كما ذكرنا فيما مر نقلا عن الكافي وعامة الشرائع لدفع السؤال بيقين كذب إحدى البينتين . وأما ثانيا فلأن قوله فيرجح بالوقت غير تام لأن الشك في ملك غير الموقت يستلزم الشك في ملك الموقت لأن تقدم أحدهما على الآخر يستلزم تأخر الآخر عنه وكذا تأخره عن الآخر يستلزم تقدم الآخر عليه فاحتمال تقدم أحدهما على الآخر وتأخره عنه وهو سبب الشك في ملكه يستلزم احتمال تقدم الآخر عليه وتأخره عنه فيلزم الشك في ملكه أيضا ولا شك أن الوقت من حيث هو وقت لا مدخل له في ترجيح الملك لأحدهما ، بل إنما يتصور الترجيح به لتقدمه على وقت الآخر ، فإذا

في الفرق ، لأن البائع إن كان واحدا كان التعاقب ضروريا ، وقد ثبت لأحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك إن تأخر لم يضر ، وإن تقدم ملك فتعارض فيرجح بالوقت . وأما إذا كان متعددا فكما جاز أن يقعا متعاقبين جاز أن يقعا معا ، وفي ذلك

(قوله لأن البائع إذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا) أقول : فيه بحث ، بلجواز أن يبيع زكيلاء لشخصين في زمان واحد كما أشار إليه صاحب للتهامة (قوله وملك غيره مشكوك إن تأخر) أقول : أى إن تأخر الملك والمراد سببه أى الشراء ففيه نوع من الاستفهام (قوله وإن تقدم ملك) أقول : لكن لم يملك الموقت لأنه لم يتلفد الملك من جهته (قوله فيرجح بالوقت) أقول : فيه تأمل ، فإن الملك المعين له الوقت مشكوك أيضا لما ذكره فكيف يصلح الوقت مرجحا (قوله جاز أن يقعا معا) أقول : فيه بحث ، إذ لا يتصور أن يملك الشخصان عينا واحدة في زمان

(ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخري الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضى بينهم أرباعاً) لأنهم يتلقون الملك من باعهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البيعة على الملك المطلق . قال (وإن أقام الخارج البيعة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بيعة على ملك أقدم تاريخاً كان أولى) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية عن محمد . وعنه أنه لا تقبل بيعة ذي اليد رجع إليه لأن البيعتين قامتتا على مطلق الملك ولم يتعرضا بلهجة الملك فكان التقديم والتأخر سواء .

كان هذا مشكوكاً فلا مجال للترجيح به أصلاً . وأما ثالثاً فلأن قوله فضصف قوة الوقت عن الترجيع لتضاعف التعارض غير معقول ، لأن التعارض متى تضاعف لا يزيد شيئاً على التساوى . والتساوى ، فما يصلح للرجيع في مرتبة من التعارض ينفي أن يصلح له في سائر المراتب منه ، ولم يرد إن صاحب العتاية قد تصنع في حل هذا المقام زيادة على سائر الشراح ، ولكن ما أتى بشيء يعتد به كما عرفت ، وإن فيها ذكرناه من الوجه في تحليل كلام المصنف هاهنا للتدويع عن جميع ما ذكره فذكر (ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخري الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر) وأقاموا البيعة (قضى بينهم أرباعاً) وهذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعاً ، وقال في تحليلها (لأنهم يتلقون الملك من باعهم) وفي بعض النسخ من باعهم ، وكلاهما بطريق التغليب لأن البائع واحد من المملكين الأربعة فكان المراد منه من مملكتهم . وفي بعض النسخ : من مملكتهم ، استدلالاً بلفظ يتلقون كذا في النهاية ومعراج الدراية (فيجعل كأنهم) أي المملكين (حضروا وأقاموا البيعة) حل الملك المطلق لأنفسهم : ثم قضى بينهم أرباعاً فكذا هاهنا (قال) أي القدر الذي يختص به (وإن أقام الخارج البيعة على ملك مؤرخ وصاحب اليد البيعة على ملك أقدم تاريخاً كان أولى) أي كان صاحب اليد أولى . قال المصنف (وهذا) أي هذا الحكم (عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه) أي عن محمد (أنه لا تقبل بيعة ذي اليد رجع إليه) يعني أن هذا قوله الآخر المرجوع إليه . وفي المبسوط ذكر ابن سبابة عن محمد أنه رجع عن هذا القول ، وهو أن بيعة ذي اليد إذا كانت أقدم تاريخاً من بيعة الخارج كانت أولى بعد انصرافه من الرقة ، وقال : لا أقبل من ذي اليد بيعة على تاريخ ولا غيره إلا للتنازع وما في معناه ، لأن التاريخ ليس بسبب لأولية الملك بخلاف النتائج ، كذا في النهاية ومعراج الدراية . قال المصنف في تحليل ذلك (لأن البيعتين قامتتا على مطلق الملك ولم يتعرضا بلهجة الملك فكان التقديم والتأخر سواء) قال بعض الفضلاء : هذا يحتاج إلى البيان . أقول : في البيان لما لم يتعرض البيعتان بلهجة الملك جاز أن تكون جهة الملك : أي سببه في حق صاحب التاريخ المؤخر أقدم في نفس الأمر فيكون صاحب التاريخ المؤخر أسبق من الآخر في الملك لتقدم سبب ملكه على سبب

تعارض أيضاً : فضصف قوة الوقت عن الترجيع لتضاعف التعارض (ولو ادعى رجل الشراء من رجل وآخري الهبة والقبض من آخر والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضى بينهم أرباعاً) لأنهم يتلقون الملك من باعهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البيعة على الملك المطلق وإطلاق الباعية بطريق التغليب لأن البائع واحد من المملكين فكان المراد من مملكتهم . قال (وإن أقام الخارج البيعة على ملك مؤرخ (الخ) وإن أقام الخارج البيعة على ملك مؤرخ وصاحب اليد على ملك أقدم تاريخاً فذو اليد أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وهو رواية عن محمد . وعنه أنه لا تقبل بيعة ذي اليد رجع إليه محمد . روى ابن سبابة عنه أنه رجع عن هذا القول وهو أن بيعة ذي اليد إذا كانت أقدم تاريخاً كانت أولى من بيعة الخارج وقال : لا أقبل من ذي اليد بيعة على تاريخ وغيره إلا للتنازع ، لأن النتائج دليل على أولية الملك دون التاريخ ، لأن البيعتين قامتتا على مطلق الملك ولم يتعرضا بلهجة الملك فكان التقديم والتأخر سواء ، بخلاف ما إذا قامت بالتاريخ على الشراء وإحداهما أسبق من

واحد حتى يتصور وقوع البيعتين معاً ، وجوابه أننا لم ندع حصة البيعتين معاً كما إذا وقعا على العتاق فلا يضره ما ذكرت (قوله لأن البيعتين قامتتا على مطلق الملك) أقول : تحليل لقوله وعنه أنه لا تقبل بيعة ذي اليد الخ ، وقوله عنه يعني من محمد رحمه الله (قوله فكان التقديم والتأخر سواء الخ) أقول : يحتاج إلى البيان .

ولهذا أن البيئة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع ، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت قبضته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلق من جهته وبينه ذى اليد على الدفع مقبولة ، وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما والمعنى ما بيننا ، ولو أقام الخارج وذو اليد البيئة على ملك مطلق ووقت إحداها دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى . وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة : صاحب الوقت أولى لأنه أقدم وصار كما في دعوى الشراء إذا أرخت إحداها كان صاحب التاريخ أولى . ولهذا أن بيئة ذى اليد إنما تقبل

ملك الآخر ، بخلاف ما إذا قامت البيتان بالتاريخ على الشراء وإحداها سبق من الأخرى حيث كان الأسبق أولى لتعرضه لسبب سبب ملك أحد المشتريين وهو الشراء فلم يبق احتمال أن يكون الآخر أسبق في الملك (ولهذا) أى ولأبي حنيفة وأبي يوسف (أن البيئة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع ، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت قبضته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلق من جهته وبينه ذى اليد على الدفع مقبولة) فإن من ادعى على ذى اليد أننا ونكر ذو اليد ذلك وأقام البيئة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة ، وقد مرّ قبل هذا قبول بيئة ذى اليد في أن العين في يده ودية حتى يتلغ عنه دعوى المدعى عند إقامة البيئة ، ولما قبلت بيئة ذى اليد على الدفع صارت هاهنا بيئة ذى اليد بذكر التاريخ الأقدم متضمنة دفع بيئة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا بعد إثبات التلق من قبله فتقبل لكونها للدفع كلها في النهاية والعناية (وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما) أى لو كانت الدار في أيديهما كان صاحب الوقت الأول أولى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وفي قول محمد : لا يعتبر الوقت وكأنهما قامتا على مطلق الملك فتكون بينهما ، كذا في النهاية نقلا عن الإيضاح (والمعنى ما بيننا) وهو ما ذكره من الدليل في الطرفين (ولو أقام الخارج وذو اليد البيئة على ملك مطلق) أى من غير ذكر سبب (ووقت إحداها) أى إحدى البيتين (دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى . وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة : صاحب الوقت أولى) إنما قيد بالتوقيت لأن الخارج إذا أقيم على الملك المطلق بلا ذكر تاريخ لا تقبل بيئة ذى اليد عند علمائنا كلهم ، وإنما وقع الاختلاف بين علمائنا في دعوى الملك المطلق بين الخارج وذى اليد عند ذكر التاريخ ، كذا في النهاية ومراجع الدراية (لأنه أقدم) دليل على ما قاله أبو يوسف : أى لأن صاحب الوقت أقدم (وصار كما في دعوى الشراء) أى وصار الجواب في هذه المسئلة كالجواب في دعوى الشراء (إذا أرخت إحداها) أى إذا أرخت إحدى البيتين : هناك (كان صاحب التاريخ أولى) فكذا هنا ، والجواب أن الشراء معنى حادث ، فإذا لم يؤرخ حكم بوقوعه في الحال وكان المقدم أولى منه ، والملك ليس بمعنى حادث فلا يحكم بوقوعه في الحال ، كذا في غاية البيان (ولهذا) أى ولأبي حنيفة ومحمد (أن بيئة ذى اليد إنما تقبل

الأخرى ، فإن الأسبق أولى سواء كان البائع واحدا أو اثنين (ولهذا أن البيئة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع ، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت قبضته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلق من جهته وبينه ذى اليد على الدفع مقبولة) فإن من ادعى على ذى اليد أننا ونكر ذو اليد ذلك وأقام البيئة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة ، وقد مرّ قبل هذا قبول بيئة ذى اليد في أن العين في يده ودية حتى يتلغ عنه دعوى المدعى عند إقامة البيئة . ولما قبلت بيئة ذى اليد على الدفع صارت هاهنا بيئته بذكر التاريخ الأقدم متضمنة دفع بيئة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا بعد إثبات التلق من قبله فتقبل لكونها للدفع (وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما) كان صاحب الوقت الأول أولى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وفي قول محمد لا يعتبر بالوقت (لما بيننا) من الدليل في الجنايين (ولو أقام الخارج وذو اليد البيئة على مطلق الملك ووقت إحداها دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى . وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة : صاحب الوقت أولى لأنه أقدم ، وصار كما في دعوى الشراء إذا أرخت إحداها كان صاحب التاريخ أولى) وقد مر (ولهذا أن بيئة ذى اليد إنما تقبل إذا

لتضمنها معنى الدفع ، ولا دفع هاهنا حيث وقع الشك في التلقي من جهة ، وعلى هذا إذا كانت الدار في أيديهما ولو كانت في يد ثالث ،

لتضمنه (أى لتضمن البيئة بتأويل الشاهد (معنى الدفع) لما مر آنفا (ولا دفع هاهنا حيث وقع الشك في التلقي من جهة) أى من جهة ذى اليد لأن يذكر تاريخ إحداهما لم يحصل اليقين بأن الآخر تلقاه من جهته لاحتمال أن الأخرى لو وقتت كان أقدم تاريخا ، بخلاف ما إذا أرخا وكان تاريخ ذى اليد أقدم كما تقدم . قال صاحب العناية : قيل الاستدلال بقوله إن بيئة ذى اليد إنما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد ، لأنه لا يقول بذلك وإلا لزمه المسئلة الأولى . وأجيب بأن ذلك يجوز أن يكون على قوله الأول انتهى . واضرأ عليه بعض الفضلاء حيث قال : فيه بحث ، فإن أولوية الخارج على قوله الآخر الذى لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الإقفاني في غاية البيان فراجع انتهى . أقول : هذا الاعتراض ليس بشيء ، إذ ليس مراد المحيىب أن قول محمد في مسئلته هذه : أضحى أولوية الخارج فيها إذا وقتت إحداهما دون الأخرى يجوز أن يكون قوله الأول حتى يتألفه نص العلامة الإقفاني على أنه قوله الآخر ، بل مراده أن قول المصنف إن بيئة ذى اليد إنما تقبل لتضمنه معنى الدفع بصدد الاستدلال على قول أبي حنيفة ومحمد في مسئلته هذه يجوز أن يكون مبنيا على قول محمد الأول في المسئلة الأولى فلا يلزمه المسئلة الأولى على قوله الثاني هناك . وتوضيح المقام أن لمحمد في مسئلته هذه قولين : قوله الأول أنه يقضى للذى لم يوقت ، وهذا مبنى على اعتبار التاريخ حالة الانفرد على خلاف ما عليه أبو حنيفة . ووجهه أن غير الموقت أسبقهما تاريخا باعتبار المعنى وهو دعوى أولية الملك . وقوله الآخر أن الخارج أولى ، وهذا مبنى على أنه لا هبرة للتاريخ فكان الموقت لم يوقت فكأن بيئة الخارج أولى لكونها أكثر إبطانا على ما هو المعروف من مذهبتنا وهو في قوله الآخر في هذه المسئلة مع أبي حنيفة ، كما أنه في قوله الأول في المسئلة الأولى معه وهذا كله ما يفصح عنه ما ذكر في غاية البيان نقلا من مبسوط شيخ الإسلام . فإذا عرفت هذا فنقول : لو أريد الاستدلال على قول محمد الثاني في هذه المسئلة مع رماية قوله الثاني في المسئلة الأولى لم ينجح إلى ذكر المقدمة القائلة إن بيئة ذى اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع ، بل كفى أن يقال : إن بيئة ذى اليد لا تقبل عنده أصلا في غير النتائج ومائ معنى لما مرله من الدليل في المسئلة الأولى ، ولكن المصنف لما قصد الجمع بين أبي حنيفة ومحمد في دليل واحد لفتى عن ذكر دليل آخر لمحمد استدلل على قول أبي حنيفة وقول محمد الآخر في هذه المسئلة بما يجمعهما مراعى قول أبي حنيفة وقول محمد الأول في المسئلة الأولى فاحتاج إلى ذكر تلك المقدمة ، وهذا هو المراد بالجراب الذى ذكره صاحب العناية ، فأين هذا مما فهمه ذلك المعترض عليه . وقال ذلك البعض ، ويجوز أن تكون النكته لأبي حنيفة . ووجه محمد غير مذكور هنا ، وقوله لها من قبيل - يخرج منها القول والميراث - اه . أقول : لا يمتنع على ذى فطرة سليمة أن مثل هذا التوجيه في مثل هذا المقام أمر مستبعد جدا من وجوه شتى فتبصر (وعلى هذا) أى الخلاف المذكور (إذا كانت الدار في أيديهما) وأقاما البيئة على الملك المطلق فوقتت بيئة أحدهما دون بيئة الآخر : يعنى لا هبرة للتاريخ عندهما ، والدار المورث عند أبي يوسف (ولو كانت في يد ثالث) أى ولو كانت الدار المدعاة في يد ثالث

تضمنت معنى (الدفع لما مر) ولا دفع هاهنا) لأنه إنما يكون إذا تعين التلقي من جهة ، وهاهنا وقع الشك في ذلك لأن يذكر تاريخ إحداهما لم يحصل اليقين بأن الآخر تلقاه من جهته لإمكان أن الأخرى لو وقتت كان أقدم تاريخا ، بخلاف ما إذا أرخا وكان تاريخ ذى اليد أقدم كما تقدم (وعلى هذا إذا كانت الدار بأيديهما) فأقام أحدهما بيئة على ملك مورث والآخر على مطلق الملك فإنه يسقط التاريخ عندهما خلافا لأبي يوسف . قيل : الاستدلال بقوله إن بيئة ذى اليد إنما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد ، لأنه لم يقل بذلك وإلا لزمه المسئلة الأولى . وأجيب بأن ذلك يجوز أن يكون على قوله الأول (ولو كانت) العين (في يد ثالث

تضمنت معنى (الدفع لما مر) آتفا (قوله وإلا لزمه المسئلة الأولى) أقول : ويجوز أن تكون النكته لأبي حنيفة ووجه محمد غير مذكور هنا ، وقوله لها من قبيل - يخرج منها القول والميراث - (قوله وأجيب بأن ذلك بلغ) أقول : فيه بحث ، فإن أولوية الخارج على قوله الآخر الذى لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الإقفاني في غاية البيان فراجع .

والمسئلة بمجالها فهما سواء عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : الذي وقت أولى . وقال محمد : الذي أطلق أولى لأنه ادعى أولى الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض . ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت ييقن . والإطلاق يحتمل غير الأولية . والرجوع باليقن : كما لو ادعى الشراء . ولأبي حنيفة أن التاريخ يضاهه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو أقام البيعة على ملك مطلق ، بخلاف الشراء لأنه أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ . قال (وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بيعة على النتائج فصاحب اليد أولى)

(والمسئلة بمجالها) أي وقت بيعة أحد الخارجين في الملك المطلق دون الأخرى (فهما سواء) أي فالخارجان سواء : يعني يقضى بينهما نصفين عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : الذي وقت أولى . وقال محمد : الذي أطلق (أي لم يوقت) أولى لأنه (أي الإطلاق) دعوى أولى الملك بدليل استحقاق الزوائد (كالأولاد والأكساب (ورجوع الباعة بعضهم على بعض) أي وبدليل رجوع الباعة بعضهم على بعض ، فإن من أقام بيعة على مطلق الملك في جارية مثلاً واستحقها وزوالها يرجع بأمتها بعضهم على بعض فكان مدعى مطلق الملك كان ملحقاً بالملك من الأصل وملك الأصل أولى من التاريخ (ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت ييقن ، والإطلاق يحتمل غير الأولية والرجوع باليقن يعني أي العمل باليقن راجع على العمل بالاحتمال (كما لو ادعى الشراء) أي ادعياء من باع واحد وأرخ أحدهما دون الآخر كان صاحب التاريخ أولى كما مر (ولأبي حنيفة أن التاريخ يضاهه) أي يزاحه (احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره) أي اعتبار التاريخ : يعني أنه يحتمل أن يكون تاريخ الذي أرخ سابقاً على تاريخ صاحبه ، ويعمل أن يكون متأخراً عنه ، فزناؤه مقارناً له رعاية للاحتياليين ، كلما في شرح تاج الشريعة وغيره (فصار) أي فصار حكم هذه المسئلة (كما لو أقام البيعة على ملك مطلق) أي يكون أن يذكر التاريخ أصلاً (بخلاف الشراء) جواب عن قول أبي يوسف كما لو ادعى الشراء (لأنه) أي الشراء (أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات) وهو الحال (فيترجح جانب صاحب التاريخ) لكون شراء صاحب التاريخ حينئذ سابقاً على شراء الآخر من زمان التاريخ لاحتالة . أقول : الآن حصص الحق من المصنف فإنه قد كان استدلل على مسئلة الشراء فيما مر بما هو في ممت دليل أبي يوسف هاهنا وكنت استشكلته هناك ، واخترت ما ذكره صاحب الكافي هناك ، موافقاً لما ذكره المصنف في خامسة الكلام هاهنا فتذكر (قال) أي القدوري في مختصره (وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بيعة على النتائج فصاحب اليد أولى) سواء أقام صاحب اليد بيعة على دعواه قبل القضاء بها للخارج أو بعده ،

والمسئلة بمجالها) أي وقت بيعة أحد الخارجين في الملك المطلق دون الأخرى (فهما سواء) يقضى بينهما نصفين (عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : الذي وقت أولى . وقال محمد : الذي أطلق أولى لأن الإطلاق دعوى أولى الملك بدليل استحقاق الزوائد المتصلة كالسمن والمنفصلة كالأكساب فكان ملكاً للأصل ، وملك الأصل أولى من التاريخ (ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت ييقن ، والإطلاق يحتمل غير الأولية والرجوع باليقن . ولأبي حنيفة أن التاريخ يضاهه) أي يزاحه (احتمال عدم التقدم) لأن الذي لم يورخ سابق على المؤرخ من حيث أن دعوى الملك المطلق دعوى أولى الملك (كما لو ادعى الشراء) أي ادعياء من باع واحد وأرخ أحدهما دون الآخر كان صاحب التاريخ أولى كما مر (ولأبي حنيفة أن التاريخ يضاهه) أي يزاحه (احتمال عدم التقدم) أي يزاحه (احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره) أي اعتبار التاريخ : يعني أنه يحتمل أن يكون تاريخ الذي أرخ سابقاً على تاريخ صاحبه ، ويعمل أن يكون متأخراً عنه ، فزناؤه مقارناً له رعاية للاحتياليين ، كلما في شرح تاج الشريعة وغيره (فصار) أي فصار حكم هذه المسئلة (كما لو أقام البيعة على ملك مطلق) أي يكون أن يذكر التاريخ أصلاً (بخلاف الشراء) جواب عن قول أبي يوسف كما لو ادعى الشراء (لأنه) أي الشراء (أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات) وهو الحال (فيترجح جانب صاحب التاريخ) لكون شراء صاحب التاريخ حينئذ سابقاً على شراء الآخر من زمان التاريخ لاحتالة . أقول : الآن حصص الحق من المصنف فإنه قد كان استدلل على مسئلة الشراء فيما مر بما هو في ممت دليل أبي يوسف هاهنا وكنت استشكلته هناك ، واخترت ما ذكره صاحب الكافي هناك ، موافقاً لما ذكره المصنف في خامسة الكلام هاهنا فتذكر (قال) أي القدوري في مختصره (وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بيعة على النتائج فصاحب اليد أولى) سواء أقام صاحب اليد بيعة على دعواه قبل القضاء بها للخارج أو بعده ،

(قال المصنف وقال عبدالحق) أقول : هذا قوله الأول . لأنني يصير فيه السبق بالتاريخ على ما ذكره الإقناني فتأمل أنت ، وقال الإقناني : وأما على قوله الآخر يجب أن يقضى بينهما نصفين . ثم أعلم أن سبق التاريخ قد يكون من حيث النص وقد يكون من حيث الحق ، فأبو حنيفة إنما يعتبر سبق من حيث النص ، ويحتمل على قوله الأول يعتبر السبق المعنوي أيضاً فتأمل (قوله بذلك لملك للأصل) أقول : التاخر أن (٣٤ - كلمة فتح القدير ص ٨ -)

لأن البينة قامت على ما لا تدل عليه فاستويا ، وترجحت بينة ذى اليد باليد فيقضى له .

وهذا جواب الاستحسان . وأما جواب القياس فالخارج أولى ، وبه أخذ ابن أبي ليلى . ووجهه أن بينة الخارج أكثر استحقاقا من بينة ذى اليد لأن الخارج ببينته كما يثبت استحقاق أولى الملك بالتاج يثبت استحقاق الملك الثالث لذى اليد بظاهر يده ، وذو اليد ببينته لا يثبت استحقاق الملك الثالث للخارج بوجه ما ، فكانت بينة الخارج أولى بالقبول كما في دعوى الملك المطلق ، كذا في النهاية وكثير من الشروح . ووجه الاستحسان ما أشار إليه المصنف بقوله (لأن البينة) أى بينة ذى اليد (قامت على ما لا تدل عليه اليد) وهو أولى الملك بالتاج كبينته الخارج (فاستويا وترجحت بينة ذى اليد باليد فيقضى له) أى لذى اليد سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أو بعده . أما قبله فظاهر ، وأما بعده فلأن ذا اليد لم يصير مقضيا عليه لأن بينته في نفس الأمر دافعة لبينة الخارج لأن التاج لا يتكرر ، فإذا ظهرت بينة دافعة تبين أن الحكم لم يكن مستندا إلى حجة فلا يكون معتبرا ، كذا قرر في العناية واكتفى به . أقول : يرد عليه أن وجه الاستحسان بهذا التقرير لا يدفع ما ذكروا من وجه القياس ، لأن تساوى البينتين من جهة دالة كل وجه منهما على أولى الملك بالتاج لإثبات أن تكون بينة الخارج أكثر إثباتا للاستحقاق من بينة ذى اليد من جهة إثبات بينة الخارج استحقاق الملك الثالث لذى اليد بظاهر يده ، وعدم إثبات بينة ذى اليد استحقاق الملك الثالث للخارج بوجه ما على ما صرح به في وجه القياس ، فينبغي أن تكون بينة الخارج أولى بناء على زيادة الإثبات . وقد كان صاحب النهاية والكفاية تداركا ذلك فزاد في تقريرهما شيئا لدفعه حيث قالوا : وأما قوله إن بينة الخارج أكثر استحقاقا . قلنا : نعم كذلك ، إلا أن في بينة ذى اليد سبق التاريخ لأنها تثبت أولى الملك على وجه لا يحتمل التعليل من جهة الغير فكان أولى ألا يرى أنها لو ادعى ملكا مطلقا وأزعمها وذو اليد أسبقهما تاريخا يقضى لذى اليد وإن كانت في بينة الخارج زيادة استحقاق على ذى اليد انتهى . أقول : ويرد عليه أن كون بينة ذى اليد مثبتة لأولية الملك على وجه لا يحتمل التعليل من جهة الغير إنما نشأ من إثباتها للتاج الذي لا يتكرر ، وهذا المعنى بعينه موجود في بينة الخارج أيضا لأن كلامنا فيها إذا أقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينته على التاج كما هو صريح مسألة الكتاب هاهنا وفيها إذا لم يذكر تاريخا ، فإن ما إذا ذكر تاريخا مسألة أخرى لما أقسام وأحكام أشهر كما سيجيء في آخر هذا الباب ، فإذا لامعني لسبق التاريخ في بينة ذى اليد في مثلثها فلا تحشة لتوجيه الذى ذكرناه هاهنا ، وإعلم أن وجه الاستحسان الذى لا يحرم حوله شاذة إشكال هاهنا ما روى أبو حنيفة عن المهيم عن رجل من جابر بن عبد الله رضى الله تعالى عنه وأن رجلا ادعى ناقة في يدي رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد

استحسان . وفى القياس الخارج أولى ، وبه أخذ ابن أبي ليلى لأن بينة الخارج أكثر استحقاقا من بينة ذى اليد لأن الخارج يثبت بها أولى الملك بالتاج ، واستحقاق الملك الثالث لذى اليد بظواهر يده ، وذو اليد لا يثبت بها استحقاق الملك الثالث للخارج بوجه ما ، ووجه الاستحسان أن بينة ذى اليد قامت على ما لا تدل عليه اليد وهو الأولوية بالتاج كبينته الخارج (فاستويا وترجحت بينة ذى اليد باليد فيقضى له) سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أو بعده ، أما قبله فظاهر ، وأما بعده فلأن ذا اليد لم يصير مقضيا عليه لأن بينته في نفس الأمر دافعة لبينة الخارج لأن التاج لا يتكرر ، فإذا ظهرت بينة دافعة تبين أن الحكم لم يكن مستندا إلى حجة فلا يكون معتبرا . وإعلم أن بينة ذى اليد إنما ترجع على بينة الخارج إذا لم يدع الخارج على ذى اليد فعلا نحو الغصب أو الرديئة أو الإجارة أو الوهن ، وأما إذا ادعى ذلك فبينته الخارج أولى لأن ذا اليد يثبت ببينته ما هو ثابت بظواهر يده

يقال فكان ملكا من الأصل (قوله لا يثبت بها استحقاق الملك الثالث بالخارج بوجه ما الخ) . أقول : فلا يكون قوله أكثر استحقاقا بمعنى التفصيل . ثم أعلم أن قوله بوجه ما متعلق بقوله التثبيت (قوله وجه الاستحسان الخ) أقول : فيه بحث ، إذ لا يظهر فيما ذكره من وجه الاستحسان ما يصلح أن يكون جوابا عن وجه القياس فيتأمل (قوله لأن بينته في نفس الأمر دافعة الخ) أقول : فإن قيل : ما الفرق بينه وبين ما إذا لم يكن لذى اليد بينة على إيداع الدائب منه حتى قضى القاضى به للمضى ثم وجه ذو اليد بينة على الإيداع لانسع والقضاء للمضى مانع والدليل الذى ذكره جابر فيه . قلنا : ما أمكن يبنى أن يسان القضاء من البطان وتحفظ الحقوق من التوى ، وفي مسألة الإيداع ذلك

وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن أبان إنه تهاثر البيتان ويترك في يده لاعلى طريق القضاء ،

البينة أنها ناقته تنجها ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها لدى هي في يده ، ثم اعلم أنه ذكر في الشروح أخذنا من اللخيرة أن بينة ذى اليد على التنازع إنما ترجع على بينة الخارج إذا لم يدع الخارج على ذى اليد فعلا نحو الغصب أو الوديعة أو الإجارة أو الرهن أو ما أشبه ذلك . وأما إذا ادعى ذلك فبينة الخارج أولى لأن ذى اليد يثبت ما هو ثابت بظاهر يده من وجه والخارج يثبت الفعل وهو غير ثابت أصلا فكانت بينة الخارج أكثر إثباتا فهي أولى انتهى . ولكن قال حماد الدين في فصوله بعد نقل ما في الشروح عن دعوى اللخيرة : وذكر الفقيه أبو الليث في باب دعوى التنازع من الميسر ما يخالف المذكور في اللخيرة فقال : دابة في يد رجل أقام آخر بينة أنها دابته أجراها من ذى اليد أو أعارها منه أو رهنها إياه وصاحب اليد أقام بينة أنها دابته تنجحت عنده فإنه يقضى بها لصاحب اليد لأنه يدعى ملك التنازع والآخر يدعى الإعارة أو الإجارة أو الرهن والتنازع أسبق من الإعارة والإجارة والرهن فيقضى للذى اليد ، وهذا خلاف ما ذكر في اللخيرة انتهى (وهذا) أى ما ذكر من القضاء للذى اليد (هو الصحيح) وإليه ذهب عامة المشايخ (خلافا لما يقوله عيسى بن أبان إنه تهاثر البيتان ويترك في يده) أى يترك التنازع فيه في يد ذى اليد (لا على طريق القضاء) أى لاعلى طريق قضاء الاستحقاق بل على طريق قضاء الترك . وجه قوله إن القاضي يتيقن بكذب أحد الفريقين إذ لا يتصور تنازع دابة من دابتين ، وفي مثل هذا تهاثر البيتان كما في مسألة كوفة ومكة على مامر في أول هذا الباب . وجه صحة ما ذهب إليه العامة أن حمدا رحمه الله ذكر في الخارجين : أقاما البينة على التنازع أنه يقضى به بينهما نصفيين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذى اليد ، وكذلك قال : لو كانت الشاة المدبوسة في يد أحدهما وسواها في يد الآخر وأقام كل واحد منهما البينة على التنازع فيها يقضى بها وبالسواقات لمن في يده أصل الشاة ، ولو كان الطريق تهاثر البيتين لكان يترك في يد كل واحد منهما ما في يده . والجواب عن قوله إن القاضي يتيقن بكذب أحد الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على المالكين بأن كل واحد منهما اعتد سببا ظاهرا مطلقا لأداء الشهادة ، وهذا لأن الشهادة على التنازع لا يلزم فيها معانية الاتصال من الأم ، بل يكفي بروية الفصل ينع الثقة فكل من الفريقين في شهادته على التنازع يجوز أن يعتمد سببا ظاهرا لأداء الشهادة فيجب العمل بها ولا يصار إلى التهاثر بمنزلة شهادة الفريقين على المالكين حيث لا تهاثر البيتان مع أن المعين الواحد لا يتصور أن يكون مملوكا لشخصين في زمان واحد لكل واحد منهما بكاله ، ولكن لما وجد القاضي لشهادة كل واحد من الفريقين محملا يطلق له أداء الشهادة بأن عاين أحد الفريقين أحد الخصمين يباشر سبب الملك وعاین الفريق الآخر الخصم الآخر يتصرف فيه تصرف المالك قبل شهادة الفريقين ، كذا هاتنا . وعن هذا خرج الجواب عن مسألة مكة وكوفة لأن القاضي لم يجد لشهادة الفريقين هناك محملا يطلق لكل واحد منهما أداء الشهادة لأن المطلق للشهادة بالطلاق والتنازع معانية الشهود إيقاع الطلاق والعناق ، ولا يتصور سماع الفريقين إيقاع الطلاق والعناق في يوم واحد من شخص واحد بمكة وكوفة ، لأن الشخص الواحد في يوم واحد لا يكون في مثل ذينك المكانين عادة فتهاثر البيتان هناك لذلك ، أما هاتنا فيخالفه . ثم إن ثمرة الخلاف إنما تظهر في حق

من وجه وهو أصل الملك والخارج يثبت الفعل وهو غير ثابت أصلا فكانت أكثر إثباتا فهي أولى (قوله وهذا) أى ما ذكرنا من القضاء للذى اليد (هو الصحيح) وإليه ذهب عامة المشايخ (خلافا لما يقوله عيسى بن أبان إنه تهاثر البيتان ويترك في يد ذى اليد لاعلى طريق القضاء) لأن القاضي يتيقن بكذب أحد الفريقين لأن تنازع دابة من دابتين غير متصور كسئلة كوفة ومكة . وجه صحة ذلك أن حمدا ذكر في خارجين أقاما البينة على التنازع أنه يقضى به بينهما نصفيين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذى اليد . والجواب عن قوله القاضي يتيقن بكذب أحد الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على المالكين ، لأن كل واحد منهما اعتد سببا ظاهرا مطلقا لأداء الشهادة بناء على أن الشهادة على التنازع ليست بمعانية للاتصال من الأم ، بل بروية الفصل ينع الثقة والفائدة تظهر

لأن الغالب إذا جاء أقام البينة يحكم له بخلاف ما نحن فيه (قوله كسئلة كوفة الخ) أقول : يعني في الشهادة (قوله ليست بمعانية للاتصال) أقول : يعني لا يلزم فيها معانية للاتصال .

ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل وأقام البيعة على التناج عنده فهو بمنزلة إقامتها على التناج في يد نفسه (ولو أقام أحدهما البيعة على الملك والآخر على التناج فصاحب التناج أولى أيهما كان) لأن بيئته قامت على أولية الملك فلا يثبت للآخر إلا بالتلقى من جهته ، وكذلك إذا كانت الدعوى بين خارجين فبيعة التناج أولى لما ذكرنا (ولو قضى بالتناج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البيعة على التناج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد) لأن الثالث لم يصير مقضيا عليه بطلب القضية ،

تحليف ذي اليد وعلمه ، فعند عيسى بن أبيان يحلف ذو اليد للخارج لأن البيعتين لما تاهرتا صار كأن البيعتين لم تقوما بالشهادة أصلا فيقضى لذى اليد قضاء ترك بعد ما حلف للخارج ، وعند العامة لا يحلف ، وكذا في البسوط والخيرة (ولو تلقى كل واحد منهما) أى ولو أخذ كل واحد من الخارج وذو اليد (الملك من رجل) على حدة فكان هناك مملكان (وأقام البيعة على التناج عنده) أى وأقام كل واحد منهما البيعة على التناج عند من تلقى الملك منه (فهو بمنزلة إقامتها على التناج في يد نفسه) فيقضى به لذى اليد لأن كل واحد منهما خصم عن يتلقى الملك منه ، فكان المملكين قد حضرا وأقاما على ذلك بيعة فإنه يقضى ثمة لصاحب اليد كذلك هاهنا (ولو أقام أحدهما البيعة على الملك والآخر على التناج فصاحب التناج أولى أيهما كان) أى خارجا كان صاحب التناج أو ذا اليد (لأن بيئته) أى لأن بيعة صاحب اليد قامت على أولية الملك فلا يثبت (أى فلا يثبت الملك للآخر إلا بالتلقى من جهته) أى من جهة صاحب التناج ، والفرص أن الآخر لم يتلق منه (وكذا إذا كانت الدعوى بين خارجين) بأن إحداهما الملك والآخر التناج (فبيعة التناج أولى لما ذكرنا) من أن بيئته تدل على أولية الملك فلا يثبت للآخر إلا بالتلقى من جهته (ولو قضى بالتناج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البيعة على التناج يقضى له) أى الثالث (إلا أن يعيدها) أى البيعة (ذو اليد) فيثبت يقضى له (لأن الثالث لم يصير مقضيا عليه بطلب القضية) لأن المقضى به الملك وثبتت الملك البيعة في حق شخص لا يقضى بثبوته في حق آخر ، فإن أعاد ذو اليد بيئته قضى له بها تقديمًا لبيعة ذي اليد على بيعة الخارج في التناج وإن لم يعد قضى بها للتاثل ، قال في البدائع : فرق بين الملك وبين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة ، والقضاء بالملك على شخص واحد لا يكون قضاء على غيره ، وإن كانت بيعة التناج توجب الملك بصفة الأولية وأنه لا يحتمل التكرار كالعتق . وجه الفرق أن العتق حق الله تعالى ، ألا يرى أن العبد لا يقدر على إبطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ، ولو كان حق العبد لقدر على إبطاله ، وإذا كان حق الله تعالى فالناس في إثبات حق الله تعالى خصوم . عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده ، فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم في العبودية بمنزلة الورثة لما قاموا مقام الميت في إثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه قام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم في الخلافة ، بخلاف الملك فإنه خالص حق العبد فالخاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب إلا بالإثابة حقيقة أو ثبوت النيابة شرعا أو اتصال بين الحاضر والغائب ليا وقع فيه الدعوى على ماعرف ولم يوجد شيء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون

في التحليف ، فعند العامة لا يحلف ذواليد للخارج ، وعنده يستحلف (ولو تلقى كل واحد) من الخارج وذو اليد (الملك من رجل) فكان هناك بالعمان (وأقام البيعة على التناج عند من تلقى منه فهو بمنزلة إقامتها على التناج في يد نفسه) فيقضى به لذى اليد كأن البائع قد حضرا وأقاما على ذلك بيعة فإنه يقضى ثمة لصاحب اليد كذلك هاهنا (ولو أقام أحدهما البيعة على الملك والآخر على التناج فصاحب التناج أولى) خارجا كان أو ذا يد (لأن بيئته قامت على أولية الملك فلا يثبت للآخر إلا بالتلقى من جهته ، وكذا إذا كانت الدعوى بين خارجين فبيعة التناج أولى لما ذكرنا) أنها تدل على أولية الملك فلا يثبت التلقى للآخر إلا من جهته (وار قضى بالتناج لذى اليد ثم أقام الثالث البيعة على التناج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد لأن الثالث لم يصير مقضيا عليه بطلب القضية) لأن المقضى به الملك وثبتت الملك بالبيعة في حق شخص لا يقتضى ثبوته في حق آخر ، فإن أعاد ذو اليد بيئته قضى له

وكذا المقضى عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على التنازع تقبل وينقض القضاء لأنه بمنزلة النص . قال (وكذلك النسخ في الثياب التي لا تنسج إلا مرة) كقول القطن

عنه خصم حاضر ، وهذا لا يجوز انتهى (وكذا المقضى عليه بالملك المطلق إن أقام البينة على التنازع تقبل أي تقبل بيته) وينقض القضاء ، أي وينقض القضاء الأول . صورته ما إذا أقام الخارج البينة على ذى اليد في دابة معينة بالملك المطلق قضى القاضي بها له ثم أقام ذو اليد البينة على التنازع يقضى بها له وينقض القضاء الأول ، كذا في النهاية والكفاية (لأنه بمنزلة النص) أي لأن إقامة البينة على التنازع بمنزلة النص في الدلالة على الأولوية قطعاً ، فكان القضاء الواقع على خلافه كالتقصاض الواقع على خلاف النص ، والقضاء ينقض هناك ، كذا هنا ، وهذا استحسان . وفي القياس : لا تقبل بيته لأنه صار مقضياً عليه بالملك فلا تقبل ، إلا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقضى له . وجوابه أنه لم يصرمقضياً عليه ، لأن إقامة البينة على التنازع تبين أن الدافع لبينة المدعي كان موجوداً والقضاء كان خطأ فائق يكون مقضياً عليه ، كذا في النهاية وغيرها . أقول : فيه شيء . وهو أن في ظاهر هذا الجواب خروجاً عن المسئلة التي نحن بصددها ، فإن عبارة المسئلة هكذا : وكذا المقضى عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على التنازع تقبل وينقض القضاء ، وقد صرح فيها بكونه مقضياً عليه وينقض القضاء ، فإنكار كونه مقضياً عليه يتنافى ظاهراً . فالأولى في الجواب أن يقال : إن كونه مقضياً عليه لا يضر بقبول بيته ، لأن إقامة البينة على التنازع تبين أن الدافع لبينة المدعي كان موجوداً في نفس الأمر ولكن لم يكن ظاهراً عند القاضي ، فإذا ظهر تبين خطأ القضاء الأول فلم يكن معبراً فينقض كالتقصاض بالظاهر في خلافه نص . قال الشراح : فإن قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذى اليد على التنازع مجتهد فيه ، فإن ابن أبي ليلى يرجح بينة الخارج فينبغي أن لا ينقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد . قلنا : إنما يكون قضاؤه عن اجتهاد إذا كانت بينة ذى اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها ، وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن قضاؤه عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع لبينة من ذى اليد ، فإذا أقام ما يدفع به انتقض القضاء الأول انتهى . أقول : لا يوجه السؤال رأساً لأن كلامنا في أن المقضى عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على التنازع تقبل وينقض القضاء ، وترجيح ابن أبي ليلى بينة الخارج فيها إذا ادعى كل واحد من الخارج وذو اليد التنازع على ما بين فيها قبل وذلك غير مانع فيه . وأما ترجيحه بينة الخارج فيها إذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد التنازع كما فيها نحن فيه فغير ثابت . وقد ثبتت الكتب ولم أظفر بالتصريح بذلك من أحد قط ، وما ذكرنا فيها من وجه جواب القياس الذي أخذ به ابن أبي ليلى لا يساعد ذلك جداً كما لا يخفى على المتأمل (قال) أي القدرى في خصمه (وكذلك النسخ) أي النسخ كالتنازع في أنه لا يتكرر ، وكل حكم حرفته في التنازع فهو في النسخ كذلك . وصورة المسئلة : إذا ادعى رجل ثوبا في يد رجل أنه ملكه بأنه نسجه في ملكه وأقام على ذلك بينة . وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك قضى بالثوب لصاحب اليد ، كذا في النهاية التي لا تنسج إلا مرة واحدة كقول القطن) هذا احتراز عن الثياب التي تنسج مرة بعد أخرى كالخز . وفي المبسوط : النسخ في الثوب موجب لأولية الملك فيه وهو

بها تقديماً لبينة ذى اليد على بينة الخارج في التنازع ، وإن لم يعد قضى بها للثالث (وكذا المقضى عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على التنازع تقبل وينقض القضاء لأنه بمنزلة النص) في دلالته على الأولوية قطعاً فكان القضاء واقعاً على خلافه كالتقصاض الواقع عن خلاف النص ، وهذا استحسان ، وفي القياس لا تقبل بيته لصيرورته مقضياً عليه بالملك . وجوابه أنه لم يصرمقضياً عليه لأن إقامة البينة على التنازع تبين أن الدافع لبينة المدعي كان موجوداً والقضاء كان خطأ فائق يكون مقضياً عليه . فإن قيل : القضاء ببينة الخارج مع بينة ذى اليد على التنازع مجتهد فيه ، فإن ابن أبي ليلى يرجح بينة الخارج فينبغي أن لا ينقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد . أجب بأن قضاؤه إنما يكون عن اجتهاد إذا كانت بينة ذى اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها ، وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع لبينة من ذى اليد ، فإذا أقام ما تدفع به انتقض القضاء الأول . قال (وكذلك النسخ في الثياب التي لا تنسج إلا مرة الخ)

(وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر) لأنه في معنى التنازع كحطب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعى وجزء الصوف ، وإن كان يتكرر قضى به الخارج بمنزلة الملك المطلق

فما لا يتكرر كالتنازع في الدابة ، إلا أن يكون الثوب بحيث ينسج مرة بعد أخرى كالخز ينسج ثم ينكث فيغزل وينسج ثانياً فحينئذ يقضى للخارج (وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لأنه في معنى التنازع) قد تقدم أن القياس في دعوى التنازع ما ذهب إليه ابن أبي ليلى من أن بينة الخارج أولى ، وأن ما ذهبنا إليه من كون بينة ذى اليد أولى استحساناً تركنا القياس فيه بالنسبة ، وهى حديث جابر رضى الله عنه كما روينا من قبل فلا يلحق بالتنازع إلا ما كان في معناه من كل وجه ، وكل ما لا يتكرر من أسباب الملك فهو في معناه من كل وجه فيلحق به بدلالة النص (كحطب اللبن واتخاذ الجبن واللبد) أى واتخاذ اللبد (والمرعى) أى وجزء المرعى إذا شددت الزاى قصرت وإذا خففت مددت ، والمم والعين مكسوران. وقد يقال : مرعاه يفتح الميم مخففاً ممدوداً وهى كالصوف تحت شعر العنز ، كلها في المغرب (وجزء الصوف) فإذا ادعى كل واحد من الخارج وذى اليد لينا أنه ملكه حله من شاته - أو ادعى جينا أنه ملكه صنعه في ملكه ، أو ادعى لينا أنه ملكه صنعه في ملكه ، أو ادعى المرعى أنها ملكه جزءاً من عزه ، أو ادعى صوفاً أنه ملكه جزء من غنمه وأقام على ذلك بينة فإنه يقضى بذلك لذى اليد في هذه الصور كلها ، لأن أسباب الملك فيها لا تكون إلا مرة واحدة فكانت في معنى التنازع من كل وجه فالحقت به (وإن كان يتكرر) أى وإن كان سبب الملك يتكرر (قضى به الخارج بمنزلة الملك المطلق) قال صاحب النهاية : والمعنى فيه أن الثوب الذى ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذى اليد بالنسج ثم ينقصه الخارج وينقصه مرة أخرى فيصير ملكاً له بهذا السبب بعد ما كان ملكاً لذى اليد فكان معنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه ، بخلاف الفصل الأول فإن الثوب الذى لا ينسج إلا مرة إذا صار لذى اليد ينسجه لا يتصور أن يصير للخارج ينسجه فكان في معنى دعوى التنازع انتهى . وقال بعض الفضلاء : فيه بحث . أما أولاً فلأن السبب يراد لحكمه كما سيجىء بعد أسطر . وأما ثانياً فلأنه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك انتهى . أقول : كلا يشبه ساقط جداً . أما الأول فلأنه لا يقضى هاهنا بالبينة بناء على اعتبار السبين حتى يقال : إن السبب يراد لحكمه وهو الملك ولم يثبت الملك بالنسبة إلى ذى اليد حيث كان المدهى للخارج ، بل إنما يقضى هاهنا بينة الخارج فقط بناء على كونها أكثر

قد تقدم أن القياس مذهب إليه ابن أبي ليلى أن بينة الخارج أولى في التنازع من بينة ذى اليد ، وما ذهبنا إليه استحساناً تركناه القياس بما روى جابر رضى الله عنه ، أن رجلاً ادعى ناقة في يد رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها وأقام ذوى اليد البينة أنها ناقته نتجها ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذى هى في يده ، فلا يلحق بالتنازع إلا ما كان في معناه من كل وجه ، فما لا يتكرر من أسباب الملك إذا دعاه به كان كدعوى التنازع ، كما إذا ادعت غزل قطن أنه ملكها غزلت بيدها ، وكما إذا ادعى رجل ثوباً أنه ملكه نسجه وهو ما لا يتكرر نسجه ، أو ادعى لينا أنه ملكه حله من شاته ، أو ادعى جينا أنه ملكه صنعه في ملكه ، أو لينا بأنه صنعه ، أو مرعى وهى كالصوف تحت شعر العنز ، أو صوفاً يجوز أن بأنه ملكه جزء من شاته وأقام على ذلك بينة فادعى ذو اليد مثل ذلك وأقام عليه بينة ، فإنه يقضى بذلك لذى اليد لأنه في معنى التنازع من كل وجه فيلحق به بدلالة النص ، وما تكرر من ذلك قضى به للخارج ، فأنظر وهو اسم دابة ثم مسمى الثوب المتخذ من وبره عزاً ، قيل هو ينسج فإذا بلى يغزل مرة أخرى وينسج ، فإذا ادعى ثوباً أنه ملكه من عزه ، أو ادعى داراً أنها ملكه بناها بماله ، أو ادعى غرساً أنه ملكه غرسه ، أو ادعى حنطة أنها ملكه زرعها أو حياً آخر من الجيوب وأقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك وأقام عليه بينة قضى به

(قال المصنف : وإن كان يتكرر الخ) أقول : فيه أن الشراء سبب يتكرر مع أن بينة ذى اليد أول فلا بد من الفرق (قال المصنف : بمنزلة الملك المطلق) أقول : قال في النهاية : والمعنى فيه أن الثوب الذى ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذى اليد بالنسج ثم ينقصه الخارج وينقصه مرة أخرى فيصير ملكاً بهذا السبب بعد ما كان ملكاً لذى اليد فكان معنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه انتهى . وفيه بحث . أما أولاً فلأن السبب يراد لحكمه كما سيجىء بعد أسطر ، وأما ثانياً فلأنه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك .

وهو مثل الخبز والبناء والفرس وزراعة الحنطة والحبوب ، فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به ، فإن أشكل عليهم قضى به للخارج لأن القضاء ببينته هو الأصل والعدول عنه بخبر التاج ،

إبباتا كما في الملك المطلق فلم يعتبر إلا سبب واحد هو للخارج ، بخلاف ماسيجىء بعد أسطر حيث يقضى هناك على قول محمد بالبينتين على اعتبار السبين ويكون للمضى للخارج ، فيتجه عليه من قبل الإمامين أن يقال : إن السبب يراد لحكمه وهو الملك ، وحيث لم يثبت الملك لدى اليد لم يكن السبب مفيدا لحكمه بالنسبة إليه فلم يعتبر ، ويستضعف لك الأمر هناك إن شاء الله تعالى . وأما الثاني فلأن ما ذكره صاحب النهاية من المعنى ليس علة للقضاء للخارج فيما يتكرر من الأسباب حتى يقال كيف تنقض اليد الثابتة بالاحتمال المشكوك ، بل هو مجرد بيان كون دعوى الملك بسبب يتكرر في معنى دعوى الملك المطلق دون معنى دعوى التاج حيث لا يلدل السبب الذى يتكرر على أولية الملك كالتاج ، بل يحتمل أن يثبت به الملك أولا وثانيا كملك المطلق ، وإنما علة القضاء للخارج بعد تقرير ذلك المعنى كون بينة الخارج أكثر لإبباتا من بينة ذى اليد كما تحقق في مسألة دعوى الملك المطلق ولا حاجة إلى بيانه هاهنا ، ومفاسدة قلة التأمل بما يضيئ عن الإحاطة به نطاق البيان . واستشكل ذلك البعض قول المصنف وإن كان يتكرر قضى به للخارج حيث قال فيه : إن الشراء سبب يتكرر مع أن بينة ذى اليد أولى فلا بد من الفرق . أقول : إذا ادعى الخارج الشراء من رجل وادعاه ذى اليد من رجل آخر فالحكم فيه كحكم ما إذا ادعى الملك المطلق فلا تفاوت بينهما على ما صرح به في عامة المختبرات ، وذكره الشارح الإقناني فيما مر نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام فلا اشتباه هناك . وأما إذا ادعى الشراء من واحد فبينة ذى اليد أولى كما مر في الكتاب . فوجه الفرق بينه وبين ما نحن فيه هو أن كلا من الخارج وذى اليد هناك أثبت ببينته الاستحقاق على ثالث حيث ادعى تلى الملك من جهته كما صرحوا به ، فكان ما ادعاه سبب الاستحقاق على الغير لا سبب الملك وحده فلم يكن في معنى الملك المطلق ، بخلاف ما نحن فيه ، ولعل في كلام المصنف إيحاء إلى ذلك حيث قال : وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر ، ثم قال : وإن كان يتكرر قضى به للخارج فاعتبر باختلاف حكمي ما يتكرر وما لا يتكرر في سبب الملك احترازا من سبب الاستحقاق (وهو أى السبب المتكرر في الملك مثل الخبز) أى مثل نسج الخز : وهو اسم دابة ثم معنى الثوب المتخذ من وبره خزاً ، كذا في المغرب . قيل : هو ينسج فلذا يل يزل مرة أخرى وينسج (والبناء والفرس وزراعة الحنطة والحبوب) أى وزراعة الحنطة وسائر الحبوب ، فإذا ادعى كل واحد من الخارج وذى اليد ثوبا أنه ملكه نسجه من خز ، أو ادعى داراً أنها ملكه بناها بماله أو ادعى غرساً أنه ملكه غرسه ، أو ادعى حفلة أنها ملكه زرعهما أو حيا آخر من الحبوب كذلك وأقاما على ذلك بينة قضى بذلك للخارج في هذه الصور كلها لأن أسباب الملك فيها ليست في معنى النتائج لتكررها أما الخبز فلما تقلناه ، وأما البناء فلأنه يكون مرة بعد أخرى ، وأما الفرس فلكذلك ، وأما الحنطة والحبوب فلأنها تزرع ثم يغرل الرباب فتصير الحنطة والحبوب ثم تزرع ثانية ، فإذا لم تكن في معناه لم تلحق به بل صارت بمنزلة الملك المطلق (فإن أشكل) أى فإن أشكل شيء لا يثبت بالتكرار وعلمه فيه (يرجع إلى أهل الخبرة) أى يسأل القاضي أهل العلم عن ذلك : يعنى العدول منهم وبينى الحكم على قولهم (لأنهم أعرف به) قال الله تعالى - فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لاتعلمون - الواحد منهم يبنى والاثنان أحوط ، كذا في النهاية نقلا عن المبسوط والشيخ (فإن أشكل عليهم) أى فإن أشكل ذلك على أهل الخبرة أيضا (قضى به) أى بالمشكل (للخارج لأن القضاء ببينته) أى ببينة الخارج (هو الأصل) لأنه القياس (والعدول عنه بخبر التاج) أى والعدول عن الأصل كان بخبر التاج ، أى بمحدث التاج ، وهو حديث جابر رضى الله عنه كما رويته من قبل في وجه الاستحصان

للخارج لأنها ليست في معنى النتائج لتكررها ، أما الخبز فلما تقلناه ، وأما في الباقية فإن البناء يكون مرة بعد أخرى ، وكذلك الفرس والحنطة والحبوب تزرع ثم يغرل الرباب فتصير الحبوب ثم تزرع ثانية ، وإذا لم يكن في معناه لا يلحق به (فإن أشكل) شيء لا يثبت بالتكرار وعلمه فيه (يرجع إلى) العدول من (أهل الخبرة) وبينى الحكم عليه . قال الله تعالى - فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لاتعلمون - (فإن أشكل) على أهل الخبرة قضى به للخارج لأن القضاء ببينته هو الأصل والعدول كان بخبر التاج

فلذا لم يعلم يرجع إلى الأصل . قال (وإن أقام الخارج البيعة على الملك المطلق وصاحب اليد البيعة على الشراء منه كان صاحب اليد أولى) لأن الأول إن كان يدعى أولية الملك فهذا تلقى منه ، وفي هذا لانتافي فصار كما إذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه . قال (وإن أقام كل واحد منهما البيعة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهازت البيعتان وترك الدار في يد ذي اليد) قال : وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وعلى قول محمد يقضى بالبيعتين ويكون للخارج لأن العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع الدار لأن القبض دلالة السبق على مامر ،

(فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل) الذي هو القياس (قال) أي القدر في مختصره (وإن أقام الخارج البيعة على الملك المطلق وصاحب اليد البيعة على الشراء منه) أي من ذلك الخارج (كان صاحب اليد أولى ، لأن الأول) أي الخارج (إن كان يدعى أولية الملك وفي بعض النسخ : إن كان يثبت أولية الملك (فهذا) أي فصاحب اليد (تلقى منه) أي تلقى الملك من ذلك الخارج (وفي هذا لانتافي) كما لا يخفى (فصار) أي فصار حكم هذه المسئلة (كما إذا أقر بالملك له) أي كما إذا أقر صاحب اليد بالملك للخارج (ثم ادعى) أي صاحب اليد (الشراء منه) أي من الخارج . قال صاحب النهاية : ذكر في الفصول : والحاصل أن الخارج مع ذي اليد إذا ادعى ملكا مطلقا في كل الصور الخارج أولى ، إلا إذا أقام صاحب اليد بيعة على التنازع أو أرتبا وتاريخ صاحب اليد أسبق ، وفي هذه الصورة التي ذكرها في الكتاب ترجع بيعة صاحب اليد أيضا ، وهي في إذا أقام الخارج البيعة على الملك وأقام صاحب اليد البيعة على أنه اشترى من المدهى ، إن كان المدهى أثبت أولية الملك فهذا تلقى منه ، فحصل من هذا أن بيعة ذي اليد ترجع على بيعة الخارج في هذه الصور الثلاث التي ذكرناها انتهى . أقول : لامساس لهذه الصورة التي ذكرت في الكتاب بما ذكر في الفصول ، لأنه فيها إذا ادعى كل واحد من الخارج وذو اليد ملكا مطلقا على ما هو مدلول صريح قول صاحب الفصول . والحاصل أن الخارج مع ذي اليد إذا ادعى ملكا مطلقا الخ ، وما ذكر في الكتاب فيها إذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الملك المقيّد بالشراء فضع هذه الصورة إلى الصورتين المذكورتين في الفصول بطريق الاستثناء وجعل ما ترجع فيه بيعة ذي اليد على بيعة الخارج صوراً ثلاثاً كما فعله صاحب النهاية بما لاحاصل له ، لأنه إن أراد أن ما يرجع فيه بيعة ذي اليد على بيعة الخارج فيها إذا ادعى الملك المطلق هذه الصور الثلاث ليس بصحيح كما لا يخفى ، وإن أراد أن ما يرجع فيه بيعة ذي اليد على بيعة الخارج فيها إذا ادعى الملك المطلق أو غيره هذه الصور الثلاث فليس بتمام ، لأن ما يرجع فيه بيعة ذي اليد على بيعة الخارج مطلقاً غير منحصر في هذه الصور الثلاث بل متحقق في غيرها أيضا ، كما إذا ادعى الشراء من واحد ولم يكن تاريخ أحدهما أسبق على ما سبق في الكتاب (قال) أي القدر في مختصره (وإن أقام كل واحد منهما) أي من الخارج وذو اليد (البيعة على الشراء من الآخر) أي أقام الخارج البيعة على أنه اشترى هذه الدار مثلاً من ذي اليد وأقامها ذو اليد على أنه اشترى من الخارج (ولا تاريخ معهما تهازت البيعتان وترك الدار في يد ذي اليد) بغير قضاء (قال) أي المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وعلى قول محمد يقضى بالبيعتين وتكون) أي ويكون الدار (للخارج لأن العمل بهما) أي بالبيعتين (ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع) أي ثم باع ذو اليد من الخارج (ولم يقبض) الخارج (لأن القبض دلالة السبق) أي لأن قبض ذي اليد دليل سبقه في الشراء (كما مر) إشارة إلى قوله وإن لم يذكر تاريخاً ومع

كما روي (وإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل . قال : وإذا أقام الخارج البيعة على الملك الخ) وإذا أقام الخارج البيعة على الملك وذو اليد على الشراء منه غلب اليد أولى ، لأن الخارج إن كان يدعى أولية الملك فذو اليد تلقى منه ، ولا تنازع في هذا فصار كما لو أقر ذواليد بالملك للخارج ثم ادعى الشراء منه (قال : وإن أقام الخارج البيعة أنه اشترى من ذي اليد وأقامها ذواليد أنه اشترى من الخارج ولا تاريخ معهما تهازتا وترك الدار في يد ذي اليد) قال المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد يقضى بهما لإمكان العمل بهما ، وذلك بأن يجعل كأن ذاليد قد اشترى من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض لأن القبض دلالة السبق كما مر ،

(قوله ثم باع ولم يقبض) أقول : يعني ولم يقبض الخارج .

ولا يعكس الأمر لأن البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده . ولهما أن الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين وفيه التهاثر بالإجماع ، كذا هاهنا ، ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء للذي اليد إلا بملك مستحق فبقى القضاء له بمجرد السبب وأنه لا يفيد . ثم لو شهدت البيتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب . وإن لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده . ولو شهد الفريقان بالبائع والقبض تهاثرتا بالإجماع ،

لحدهما قبض فهو أولى لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه انتهى (ولا يعكس الأمر) أي لا يعمل كأن الخارج اشتراها من ذي اليد أولاً ثم باعها إياه (لأن البيع قبل القبض لا يجوز) يعني أن العكس يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز (وإن كان) أي وإن كان البيع (في العقار عنده) أي عند محمد رحمه الله (ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (أن الإقدام على الشراء إقرار منه) أي من المشتري (بالملك للبائع فصار) أي فصار أمر هذه المسئلة (كأنهما) أي البيتين (قامتا على الإقرارين) أي على الإقرارين من الطرفين (وفيه التهاثر بالإجماع فكلها هنا) أي فيها نحن فيه (ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك ، هذا دليل آخر متضمن للجواب عما قاله محمد أن العمل بالبيتين يمكن : يعني أن السبب لا يبرأ لنفسه وإن يراد لحكمه ، فإذا كان مفيداً لحكمه كان معتبراً وإلا فلا لكونه غير مقصود بالذات (وهاتان لا يمكن القضاء للذي اليد إلا بملك مستحق) أي للخارج ، لأننا إذا قضينا بينه ذي اليد فقاما نقضى ليزول ملكه إلى الخارج فلم يكن السبب الذي هو البينة هاتان مفيداً لحكمه بالنسبة إليه (فبقى القضاء له بمجرد السبب وأنه لا يفيد) فلم يكن معتبراً فلم يكن العمل بالبيتين . أقول : لطالب أن يطالب بالفرق بين مسئلتنا هذه على قولهما وبين ما إذا أقام كل واحد من الخارج وذو اليد البينة على التنازع ولا تاريخ مهما حيث لم تهاثر البيتان هناك عند اثنتي الثلاث على ما هو الصحيح ، بل قضى بينه ذي اليد له بناء على أن البيتين استوتيا في الإثبات وترجحت بيته ذي اليد باليد كما مر وتهاثرتا هاتان عندهما مع الاشتراك في العلة المذكورة هناك ، فأنزل في الفرق (ثم لو شهدت البيتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استويا) أي إذا استوى الثمنان (لوجود قبض مضمون من كل جانب) لعدم القضاء بشيء من العقدين عندهما وإن كان أحد الثمنين أكثر رجح بالزيادة كلها في شرح الكثر ليزلي ، ثم إن هذا أي القصاص إذا كان المقبوض هالكا وإن كان قائماً وجب رده ، كذا في الكافي . فإن قلت : تهاثرت البيتان في الشراء عندهما فينبغي أن يكون كذلك في حق النقد لأنه في ضمنه . قلت : أمكن أن لا تقبل البينة في حق شيء وتقبل في حق شيء آخر ، كما مر إذا أقامت البينة على وكيل زوجها بقتلها على طلاق زوجها لا تقبل في حق الطلاق وتقبل في حق قصر زيد الوكيل كلها في شرح تاج الشريعة (وإن لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده) أي لوجوب الثمن عند محمد فإن البيتين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيقتاص " الوجوب بالوجوب (ولو شهد الفريقان بالبائع والقبض تهاثرتا) أي البيتان (بالإجماع) لكن على اختلاف التصريح ؛ فمنهما باعتبار أن دعواهما مثل هذا البيع إقرار من كل واحد منهما بالملك

ولا يعكس) أي لا يعمل كأن الخارج اشتراها من ذي اليد أولاً ثم باعها إياه (لأن ذلك يستلزم (البيع قبل القبض) وذلك لا يجوز وإن كان في العقار عنده . ولهما أن الإقدام على الشراء إقرار من المشتري بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين ، وفيه التهاثر بالإجماع كذا هاهنا ، ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك) يعني أن السبب إذا كان مفيداً للحكم كان معتبراً وإلا فلا لكونه غير مقصود بالذات (و) هاتان (لا يمكن القضاء للذي اليد إلا بملك مستحق) للخارج لأننا إذا قضينا بينه ذي اليد إنما نقضى ليزول ملكه إلى الخارج فلم يكن السبب مفيداً لحكمه بالنسبة إليه (فبقى القضاء له بمجرد السبب وذلك غير مفيد . ثم لو شهدت البيتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب ، وإن لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده) فإن البيتين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيقتاص " الوجوب بالوجوب (ولو شهد الفريقان بالبائع والقبض تهاثرتا بالإجماع) لكن على اختلاف التصريح ،

لأن الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الأول، وإن وقت البيئتان في المقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد، وهو جائز في المقار عندهما . وعند محمد يقضى للخارج لأنه لا يصح له بيعه قبل القبض فيقضى على ملكه ، وإن أثبتا قبضا

لصاحبه ، وفي مثل هذا الإقرار تهاثر الشهود فكذاك هاهنا . وعند محمد باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض، وليس في البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقا والآخر لاحقا، فإذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر في القبول تساقطا للتعارض فيقضى العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قول المصنف (لأن الجمع غير ممكن عند محمد) أي لأن العمل بهما غير ممكن عنده (لجواز كل واحد من البيعين) مع عدم أولوية أحدهما على الآخر لعدم ذكر التاريخ ولا دلالته ، فكانت شهادة الفريقين بمنزلة تعارض التصنيح بحيث متى لم يمكن الترجيع ولا الحمل على الحالتين سقط العمل بهما ، فبعد ذلك كان العمل بما بعدهما من الحججة على ماعرف ، وهاهنا أيضا لما سقطت شهادتهما بالتعارض بقيت العين في يد صاحب اليد كما كانت (بخلاف الأول) أي بخلاف ما إذا لم يذكر القبض في شهادتهما حيث يجعل هناك شراء صاحب اليد سابقا وبيعه لاحقا لدلالة القبض على السبق ، إذ لو جعل شراء الخارج سابقا لزم البيع قبل القبض كما مر ، هذا زيادة مافى جملة الشروح في حل هذا المقام . أقول : لقاتل أن يقول : لم لا يجوز الجمع بينهما والعمل بهما حيث يجعل العين المدعاة بين المدينين تصفين كما جعلناها كذلك فيها إذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة ولا تاريخ معهما حيث قضينا هناك بالعين بينهما تصفين كما مر في صدر هذا الباب . وأيضا قلنا : إذا ادعى اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يدعي أنه اشترىها منه وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فكل واحد منهما بالخيار ، إن شاء أدخل نصف العين بنصف الثمن ، وإن شاء ترك . وقد مررت هذه المسئلة أيضا في هذا الباب ، وقد مررت فيه أيضا مسائل أخرى مشتركة في هذا الحكم : أحق التصنيح بأخلاف بين أئمتنا . ولا يخفى أن ما ذكرناه هاهنا لتطويع محمد رحمه الله بتفضي بكل واحدة منها فتدبر . وفي الكافي : وما ذكره في الهداية من أنه لو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاثرتا بالإجماع ، لأن الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين يخالف ما ذكر في الميسوط والجامع الكبير . وفيهما من أنه لو شهدوا بالبيع والقبض يقضى بالبيئتين عند محمد فيقضى بالدار لدى اليد ، لأن البيئتين حجيح الشرع فيجب العمل بهما ما أمكن وقد أمكن لأئمتنا القديين والقبض فيجعل كأن ذا اليد باعها وسلمها انتهى (وإن وقت البيئتان في المقار) وقتين ، قيد بالمقار ليظهر ثمرة الخلاف كما ذكر ، وكذا في النهاية ومعراج الدراية (ولم تثبتا قبضا) أي ولم تثبت البيئتان قبضا ، وفي بعض النسخ : ولم تثبتا قبضا (ووقت الخارج أسبق) أي والحال أن وقت الخارج أسبق (يقضى لصاحب اليد عندهما) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف (فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في المقار عندهما ، وعند محمد يقضى للخارج لأنه لا يصح بيعه) أي بيع المقار (قبل القبض عنده فيقضى على ملكه) أي فإذا لم يصح بيعه قبل القبض بقى على ملك الخارج (وإن أثبتا قبضا) أي وإن أثبت

فندهما باعتبار أن دعواهما مثل هذا البيع إقرار من كل منهما بالملك لصاحبه ، وفي مثل هذا الإقرار تهاثر الشهود فكذاك هاهنا . وعند محمد باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقا والآخر لاحقا ، وإذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر في القبول تساقطا فيقضى العين على يد صاحب اليد كما كانت ، وهو معنى قوله (لأن الجمع غير ممكن) لأن الجمع عبارة عن إمكان العمل بهما وهاهنا لم يمكن (وإن وقتت البيئتان في المقار) وقتين ، فلما أن يكون وقت الخارج أسبق أو وقت ذي اليد ، وكل منهما على وجهين : إما أن يشهدوا بالقبض أولا ، فإن كان وقت الخارج أسبق (فإن لم يشهدوا بالقبض قضى بها لدى اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فإنه جائز في المقار عندهما . وعند محمد يقضى بها للخارج لعدم صحة البيع قبل القبض عنده فيقضى على ملكه ، وإن شهدوا بالقبض

يقضي لصاحب اليد لأن البيعين جازان على القولين ، وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كأنه اشتراها ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر . قال (وإن أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد ، والترجيح لا يقع بكثرة اللعل بل بقوة فيها على ماعرف . قال (وإذا كانت دار في يد رجل ادعاهما اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة) اعتبارا بطريق المنازعة ، فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازلهما

البيتان قبضا وبقي المسئلة على حاله . وفي بعض النسخ : وإن بينتا قبضا (يقضى لصاحب اليد) أي بالإجماع فيجعل كأن الخارج باع ذلك من ياتمه بعد ما قبضه (لأن البيعين) أي بالوجه المربور (جازان على القولين) أي على قولهما وقول محمد (وإن كان وقت صاحب اليد أسبق) وبقي المسئلة على حاله (يقضى للخارج في الوجهين) أي سواء أثبتت البيتان القبض أو لم تثبتاه (فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم) أي ثم باع ذو اليد من الخارج ولكن لم يسلم إليه هذا باعتبار عدم إثبات القبض (أو سلم) أي سلم ذو اليد إلى الخارج (ثم وصل إليه) أي إلى ذي اليد (بسبب آخر) من إجارة أو إعاره أو غيرها . وهذا باعتبار إثبات القبض ، فقد جمع المصنف الوجهين في تقريره هذا كما ترى . فإن قلت : بين من أقسام المسئلة المارة صورتان لم تذكر في الكتاب : إحداهما أن توثق البيتان وقتا واحدا ، وثانيتهما أن توثق إحداهما وقتا ولم توثق الأخرى فما حكمهما ؟ قلت : حكم كل واحدة منهما كحكم ما إذا لم توثقا أصلا نص عليه في غايه البيان نقلا عن ميسو شيوخ الإسلام (قال : أي القدوري في مختصره (وإن أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) أي الاثنان والأربعة من الشهود سواء (لأن شهادة كل شاهدين علة تامة) لو صولها إلى حد النصاب الكامل (كما في حالة الانفراد) في غير الشهادة في الزنا (والترجيح لا يقع بكثرة اللعل بل) يقع (بقوة فيها) أي في العلة ، ألا يرى أن الخبر لا يرجع بخبر آخر والآية لا ترجع بآية أخرى لأن كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر يرجع على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة (على ماعرف) أي في علم أصول الفقه ، وكذلك الشاهدان إذا تعارضتا وإحداهما مستورة والأخرى عادلة ترجحت للعادلة على المستورة بالعادلة لأنها صفة الشهادة ولا ترجع بزيادة عدد الشهود لأنها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل هي مظهرها ، وشهادة كل حد ركن مثل شهادة الآخر لأن يكون بعضها صفة للبعض ، إلى هذا أشار في التقوم ، كذا في النهاية (قال : أي القدوري في مختصره) (وإذا كانت دار في يد رجل ادعاهما اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة اعتبارا لطريق المنازعة ، فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازلهما

يقضى بها لصاحب اليد) بالإجماع لأنه يجعل كأن الخارج باعها من ياتمه بعد ما قبضها ، وذلك صحيح على القولين جميعا (وإن كان وقت ذي اليد أسبق يقضى للخارج في الوجهين) جميعا ، يعني سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا ، أما إذا شهدوا به فلا إشكال ، وأما إذا لم يشهدوا فيجعل كأن ذا اليد اشتراها وقبض ثم باع من الخارج فيؤمر بالتسليم إليه ، وللمصنف جمع الوجهين في قوله فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم ، وهذا باعتبار عدم إثبات القبض ، أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر من عارية أو إجارة باعتبار إثبات القبض . قال (وإن أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء ، لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد ، والترجيح لا يقع بكثرة اللعل بل بقوة فيها) ألا ترى أن الخبر الواحد لا يرجع بخبر آخر والآية بآية أخرى لأن كل واحد منهما علة بنفسه . والمفسر يرجع على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة (كما عرفت) في أصول الفقه ، والشهادة للعادلة ترجح على المستورة بالعادلة لأنها صفة الشهادة ، ولا ترجح بكثرة العدد لأنها ليست بصفة للشهادة بل هي مظهرها وشهادة كل عدد نصاب كامل . قال (وإذا كانت دار في يد رجل ادعاهما اثنان أحدهما جميع الدار والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة اعتبارا بطريق المنازعة) وعندنا هي بينهما أثلاثا اعتبارا بطريق العول والمضاربة . والأصل (قوله : أما إذا شهدوا به فلا إشكال) (أقول : فيه بحث .

في النصف الآخر فينصف بينهما (وقالوا : هي بينهما أثلاثا) فاعتبرا طريق العول والمضاربة ، فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فتقسم أثلاثا .

في النصف الآخر فينصف بينهما) فتجعل الدار على أربعة لحاجتنا إلى حساب له نصف ولنصفه نصف وأقله أربعة ، كذا في الكافي (وقالوا) أي أبو يوسف وعبد رحمهما الله (هي) أي الدار (بينهما) أي بين المدينين (أثلاثا) فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين أي يأخذ بحسب كل حقه سهمين . وفي المغرب : وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث : أي يأخذ منه شيئا يحكم ماله من الثلث ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وصاحب النصف بسهم واحد) أي وصاحب النصف يضرب بكل حقه أيضا وهو سهم واحد إذ الدار تجعل سهمين لحاجتنا إلى عدد له نصف صحيح ، وأقله اثنان فيضرب صاحب الجميع بذلك وصاحب النصف بسهم واحد (فتقسم) بينهما (أثلاثا) أي فتقسم الدارين المدينين أثلاثا لثلاثها مدعى الجميع ولثلاثها مدعى النصف . وأعلم أن أصل أبي حنيفة أن المدلى بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر إليه يضرب بجميع حقه ، كأصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه ، وغرام المبت إذا ضاقت التركة عن ديونه ، والمدلى بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المراجعة كمثلتنا هذه ، والموصى له بأكثر من الثلث . وأصل أبي يوسف وعبد رحمهما الله أن قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ، ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي إذا باع عبد رجل بغير أمره وفضولي آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشترين بطريق المنازعة ، أو باعا فعل هذين الأصلين أمكن الاتفاق بين الأئمة الثلاثة على العول وعلى المنازعة وأمكن الافتراق ، فما اتفقوا على العول فيه العول في التركة ، أما على أصله فلأن السبب لا يحتاج إلى ضم شيء ، وأما على أصلهما فلأنما وجبت بسبب حق في العين لأن حق الورثة يتعلق بين التركة ، وما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي ، أما على أصله فلأنه ليس بسبب صحيح لاحتياجه إلى انضمام الإجازة إليه ، وأما على أصلهما فلأن حق كل واحد من المشترين كان في الثمن فتحول بالشراء إلى المبيع . وما اختلفوا فيه مستلثنا هذه ، فعلى أصله سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة ، وهي تحتاج إلى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة كما بين في الكتاب ، وحل أصلهما حق كل واحد من المدينين في العين ، بمعنى أن حق كل منهما شائع فيها ، فما من جزء إلا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بتصحيحه . فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول كما ذكر في الكتاب . ثم أعلم أن أصلهما ينتقض بحق الغرام في التركة ، فإن قسمة العين بينهم بسبب حق كان في الذمة لا في العين ، ومع ذلك كانت القسمة هولية ،

في ذلك أن عند أبي حنيفة أن المدلى بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر إليه يضرب بجميع حقه كأصحاب العول والموصى له بالثلث فإدونه وغرام المبت إذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلى بسبب غير صحيح يضرب : أي يأخذ بحسب كل حقه بقدر ما يصيبه حال المراجعة كمثلتنا هذه والموصى له بأكثر من الثلث . وعندهما أن قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ، ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة ، كالفضولي إذا باع عبد رجل بغير أمره وفضولي آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشترين بطريق المنازعة أريعا ، فعلى هذا أمكن الاتفاق بينهم على العول وعلى المنازعة والافتراق . وما اتفقوا على العول فيه العول في التركة . أما على أصله فلأن السبب لا يحتاج إلى ضم شيء ، وأما على أصلهما فلأنما وجبت بسبب حق في العين لأن حق الورثة يتعلق بين التركة . وما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي ، أما على أصله فلأنه ليس بسبب صحيح لاحتياجه إلى انضمام الإجازة إليه ، وأما على أصلهما فلأن حق كل واحد من المشترين كان في الثمن فتحول بالشراء إلى المبيع وما اختلفوا فيه مستلثنا هذه فعلى أصل أبي حنيفة سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة ، وهي تحتاج إلى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة ، فيقول مدعى النصف : لا دعوى له في النصف الآخر فافترده به

ولهذه المسئلة نظائر وأضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات . قال (ولو كانت في أيديهما سلم لأصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لأعلى وجه القضاء) لأنه خارج في النصف فيبقى بينته ، والنصف الذي في يديه صاحبه لا يدعيه لأن مدعاه النصف وهو في يده سالم له ، ولو لم ينصرف إليه دعواه كان ظالماً بإسماكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده .

كذا في المبسوط . قال المصنف (ولهذه المسئلة نظائر وأضداد) أي للمسئلة المذكورة أشباه حكم فيها أبو حنيفة بالمنازعة وصاحبا بالعول كما في هذه المسئلة ، وأضداد حكم فيها أبو حنيفة بالعول وصاحبا بالمنازعة على عكس ما في هذه المسئلة (لا يحتملها) أي النظائر والأضداد (هذا المختصر) يعني الهداية (وقد ذكرناها في الزيادات) فن نظائرها : الموصى له بجميع المال وينصفه عند إجازة الورثة ، والموصى له بعين مع الموصى له بنصف ذلك إذا لم يكن للميت مال سواه . ومن أضدادها العبد المأذون له المشترك إذا أدانه أحد المولىين مائة درهم وأجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم ، فالقسمة بين المولى والمدني والأجنبي عند أبي حنيفة بطريق العول أثلاثاً ، وعندهما بطريق المنازعة أرباعاً ، وكذا المديون إذا قتل رجلاً خطأ وفقاً عين آخر وغرم المولى قيمته هما ، كذا في الكافي والشروح ، فتذكر الأصلين المذكورين يسهل عليك استخراج هذه الصور (قال) أي القدروري في مختصره (ولو كانت في أيديهما) أي ولو كانت الدار في أيدي المدعين والمسئلة بمجالها سلم لأصاحب الجميع (أي لمدعي الجميع) نصفها على وجه القضاء وهو الذي كان بيد الآخر (ونصفها لأعلى وجه القضاء) وهو الذي كان بيد نفسه (لأنه خارج في النصف) أي لأن صاحب الجميع وهو مدعي الجميع خارج في النصف الذي كان في يد مدعي النصف (فيبقى بينته) أي فيبقى بينته صاحب الجميع في حق ذلك النصف بناء على أن بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد ثم دليل قوله نصفها على وجه القضاء وبقي دليل قوله ونصفها لأعلى وجه القضاء وهو قوله (فالنصف الذي في يديه) أي في يدي صاحب الجميع (صاحبه لا يدعيه) أي صاحب صاحب الجميع : أي خصمه وهو مدعي النصف لا يدعي ذلك النصف (لأن مدعاه) أي مدعي صاحبه وهو مدعي النصف (النصف وهو في يده سالم له) توضيحه أن دعوى مدعي النصف منصرفه إلى ما في يده لتكون يده بذا حققة في حقه ، لأن حل أمور المسلمين على الصحة واجب ، فدعي النصف لا يدعي شيئاً مما في يد صاحب الجميع لأن مدعاه النصف وهو في يده سلم النصف لمدعي الجميع بلا منازعة ، كذا في الكافي (ولو لم ينصرف إليه دعواه) أي ولو لم ينصرف دعوى مدعي النصف إلى النصف الذي في يده (كان ظالماً بإسماكه) أي كان مدعي النصف ظالماً بإسماكه ما في يده ، وقضية وجوب حل أمر المسلم على الصحة قاضية بخلافه (ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده) أي وإذا لم يدع مدعي

صاحب الجميع والنصف الآخر كل منهما يدعيه وقد أقام عليه البينة ، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه فكان هذا النصف بينهما نصفين فيجعل لأصاحب الجميع ثلاثة أرباع الدار ولمدعي النصف الربع ، وحل أصلهما حق كل واحد من المدعين في العين على معنى أن حق كل منهما شائع فيها ، فما من جزء إلا وصاحب القليل يراحم فيه صاحب الكثير بنصيبه ، فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول ، فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا إلى عدله نصف صحيح وأقله اثنان ، فيضرب بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعي النصف بسهم فتكون بينهما أثلاثاً . ولهذه المسئلة نظائر وأضداد لا يحتملها المختصرات . قال المصنف (وقد ذكرناها في الزيادات) فن نظائرها : الموصى له بجميع المال وينصفه عند إجازة الورثة . ومن أضدادها العبد المأذون له المشترك إذا أدانه أحد المولىين مائة درهم وأجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى والمدني والأجنبي عند أبي حنيفة بطريق العول أثلاثاً ، وعندهما بطريق المنازعة أرباعاً ، فتذكر الأصلين المذكورين يسهل عليك الاستخراج . قال (ولو كانت الدار في أيديهما الخ) الأصل في هذه المسئلة أن دعوى كل واحد من المدعين تنصرف إلى ما في يده لئلا يكون في إسماكه ظالماً لحلا لأمر المسلمين على الصحة ، وأن بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد ، فإذا كانت الدار في أيديهما فدعي النصف لا يدعي على الآخر شيئاً ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف فعلياً إقامة البينة ، فإن أقامها فله

قال (وإذا تنازعا في دابة وأقام كل واحد منهما بيته أنها نتجت عنده وذكرنا تاريخنا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) لأن الحال يشهد له فيترجح (وإن أشكل ذلك كانت بينهما) لأنه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرنا تاريخنا ،

النصف النصف الذى في يدي مدعى الجميع ، ولا قضاء بدون الدعوى فيترك ذلك النصف في يدي مدعى الجميع بلا قضاء ثم دليل قوله ونصفها لاهل وجه القضاء أيضا فيثبت المدعى بشقيه . قال صاحب العناية : الأصل في هذه المسئلة أن دعوى كل واحد من المدعين تنصرف إلى ما في يده كى لا يكون في إمساكه ظالما حلا لأمر المسلمين على الصحة ، وأن بيته الخارج أولى من بيته ذى اليد انتهى . أقول : فيه نظر ، وهوان انصراف دعوى مدعى الجميع من المدعين إلى ما في يده غير معقول لأنه إن جعل الذى في يده الكل لا يبيح للمقدمة الثالثة وأن بيته الخارج أولى من بيته ذى اليد عمل في هذه المسئلة . ولا يصح قول المصنف لأنه خارج في النصف ولا قول صاحب العناية في أثناء الشرح ومدعى الكل مدعى عليه النصف وهو خارج عن النصف ، وإن جعل الذى في يده النصف كما هو الظاهر الحق فلا معنى لانصراف دعواه إلى ما في يده لأنه يدعى الكل وهو ليس في يده . وأيضا لا يمت قوله كى لا يكون في إمساكه ظالما بالنسبة إليه لأن الإنسان لا يكون ظالما بإمساكه حقه وإن كان في يده غيره ، ومدعى الكل يدعى أن جميع ما في أيديهما حقه ، فالحق أن الذى ينصرف دعواه إلى ما في يده إنما هو مدعى النصف منهما كما هو المذكور في الكافي وغيره ، وقد مر بنا في أثناء شرح كلام المصنف (قال) أى القدرى في مختصره (وإذا تنازعا) أى تنازع اثنان (في دابة وأقام كل واحد منهما بيته أنها نتجت عنده وذكرنا تاريخنا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) أى الذى يوافق سن الدابة تاريخه أولى من الآخر (لأن الحال يشهد له) معنى أن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له (فيترجح) أى فيترجح من يوافق سن الدابة تاريخه . وأعلم أنه لا فرق في هذا بين أن تكون الدابة في أيديهما أو في يد أحدهما أو في يد ثالث ، لأن المعنى لا يختلف ؛ بخلاف ما إذا كانت الدعوى في النتائج من غير تاريخ حيث يحكم بها لدى اليد إن كانت في يد أحدهما أو لهما إن كانت في أيديهما أو يد ثالث ، كذا ذكره الإمام الزيلعى في شرح الكنز (وإن أشكل ذلك) أى سن الدابة (كانت بينهما) أى كانت الدابة بينهما نصفين (لأنه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرنا تاريخنا) هذا الجواب في الخارجين وإن كان أحدهما صاحب اليد ودعواهما في النتائج ووقت البيتان وقتين ، فإن كانت الدابة على وقت بيته الخارج قضيت بها له لظهور علامة الصدق في بيته وعلامة الكذب في بيته ذى اليد ، وإن كانت الدابة على وقت بيته ذى اليد أو كانت مشكلة قضيت بها لدى اليد إما لظهور علامة الصدق في بيته أو سقوط اعتبار التوقيت إذا كانت مشكلة ، كذا في المبسوط ، ولم يذكر فيه ما إذا كان سن الدابة بين الوقتين . وذكر في اللخيرة : في ذلك تهاير

جميع الدار نصفها لاهل وجه القضاء ، وهو الذى كان بيد صاحبه لأنه اجتمع فيه بيته الخارج وبيته ذى اليد ، وبيته الخارج أولى فيبقى له بذلك ونصفها لاهل وجه القضاء وهو الذى كان بيده لأن صاحبه لم يدعه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده (قال : وإذا تنازعا في دابة الخ) إذا تنازع اثنان في دابة وأقام كل واحد منهما بيته أنها نتجت عنده وذكرنا تاريخنا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى ، لأن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له فيترجح ، وإن أشكل ذلك كانت بينهما نصفين لأنه سقط التوقيت وصار كأنهما أقاماهما ولا تاريخ لهما ، هذا إذا كانا خارجين ، وإن كان أحدهما ذا اليد فلن وافق سن الدابة تاريخه أو أشكل قضى بها لدى اليد ، إما لظهور علامة الصدق في شهوده ، أو سقوط اعتبار التوقيت بالإشكال ، وإن كان سن الدابة بين وقت الخارج وذى اليد قال عامة المشايخ : تهاير البيتان وترك الدابة في يد ذى اليد

وإن خالف سن^١ الدابة الوقتين بطلت البيتان، كذا ذكره الحاكم رحمه الله لأنه ظهر كذب الفريقين فيرك في يد من كانت في يده .

البيتان عند عامة المشايخ وترك الدابة في يد صاحب اليد ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وإن خالف سن الدابة الوقتين) قال الشراح : أى في دعوى الخارجين . أقول : لم يظهر لي فائدة هذا التقيد كما سأبين (بطلت البيتان) كذا ذكره الحاكم لأنه ظهر كذب الفريقين (وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الإجماع أيضا (فترك) أى الدابة (في يد من كانت في يده) والظاهر أن هذا يتم الصور الثلاث : أى ما إذا كانت الدابة في يد ثالث ، وما إذا كانت في أيديهما ، وما إذا كانت في يد أحدهما ، إذ لا فرق بينهن في الوجه الذى ذكر من قبل الحاكم فلا فائدة في التقيد المار . وفي المبسوط : من مشايخنا من قال : تبطل البيتان ، والأصح ما قاله محمد من الجواب ، وهو أن تكون الدابة بينهما في الفصلين : يعنى فيها إذا كان سن الدابة مشكلا ، وفيها إذا كان على غير الوقتين في دعوى الخارجين . أما إذا كان مشكلا فلا شك فيه ، وكذلك إذا كان على غير الوقتين ، لأن اعتبار ذكر الوقت لحقهما ، وفي هذا الموضع في اعتباره إبطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت أصلا وينظر إلى مقصودهما وهو إثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين ، وهذا لأننا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البيتان وترك هي في يد ذى اليد ، وقد اتفق الفريقان على استحقاتها على ذى اليد فكيف ترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق ، كذا ذكر في أكثر الشروح . قال صاحب العناية بعد نقل ذلك : وهذه الرواية مخالفة لما روى أبو الليث عن محمد أنه قال : إذا كان سن الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين : وإن كان مخالفا للوقت لا يقضى لهما بشيء وتترك في يد ذى اليد قضاء ترك فكأنهما لم يقيا البينة ، ولعل هذا هو الأصح . وقوله ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء ، لأن المقصود المدعى ليس بمعتبر في الدعاوى بلا حجة ، واتفاق الفريقين على استحقاتها على ذى اليد غير معتبر لأنه ليس بحجة مع وجود المكذب انتهى . أقول : يمكن أن يجاب عن قوله وقوله ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء إلى قوله لأنه ليس بحجة مع وجود المكذب بأن الموجود مكذب الوقتين لا مكذب أصل البينتين ، فاللازم منه سقوط اعتبار ذكر الوقت لاسقوط اعتبار أصل البينتين وهو إثبات الاستحقاق للمدعين على ذى اليد فلا قاذح لما في المبسوط ، ويرشد إلى هذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال : وإن خالف سن الوقتين جميعا سقط الوقت ، كذا ذكره في ظاهر الرواية لأنه ظهر بطلان التوقيت فكأنهما لم يوقتا فبقيت البيتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت . وذكر الحاكم في مختصره أن في رواية أبي الليث تهافت البيتان . قال : وهو الصحيح ووجهه أن سن الدابة إذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقنا بالمدعى فيرك المدعى في يد صاحب اليد كما كان .

(قوله وإن خالف سن الدابة الوقتين) يعنى في الخارجين (بطلت البيتان ، كذا ذكره الحاكم) لأنه ظهر كذب الفريقين ، وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الإجماع أيضا ، فترك الدابة في يد من هي في يده قضاء ترك فكأنهما لم يقيا البينة ، قال في المبسوط : الأصح ما قاله محمد من الجواب ، وهو أن تكون الدابة بينهما في الفصلين : يعنى فيها إذا كان سن الدابة مشكلا ، وفيها إذا كان على غير الوقتين في دعوى الخارجين . أما إذا كان مشكلا فلا شك فيه ، وكذلك إن كان على غير الوقتين لأن اعتبار ذكر الوقت لحقهما ، وفي هذا الموضع في اعتباره إبطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت أصلا ، وينظر إلى مقصودهما وهو إثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين ، وهذا لأننا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البيتان وترك هي في يد ذى اليد ، وقد اتفق الفريقان على استحقاتها على ذى اليد فكيف ترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق . وهذه الرواية مخالفة لما روى أبو الليث عن محمد أنه قال : إذا كان سن الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين ، وإن كان مخالفا للوقت لا يقضى لهما بشيء وتترك في يد ذى اليد قضاء ترك ، فكأنهما لم يقيا البينة ، ولعل هذا هو الأصح . وقوله ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء لأن مقصود المدعى ليس بمعتبر في الدعاوى بلا حجة ، واتفاق الفريقين على استحقاتها على ذى اليد

(قوله وقد اتفق الفريقان) أقول : في غاية البينة تفصيل متعلق بالمقام فراجع .

قال (وإذا كان عبد في يد رجل أقام رجلا ن عليه البيعة أحدهما بفصب والآخر بودية فهو بينهما) لأستوائهما في الاستحقاق .

(فصل في التنازع بالأيدي)

قال (وإذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى) لأن تصرفه أظهر فإنه يخص بالملك (وكذلك إذا كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب أولى)

وإجاب أن مخالفة السن الوقتين توجب كذب الوقتين لا كلب البيعتين أصلا ورأسا ، انتهى كلامه ، فأمثل ترشد (قال) أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاة وإذا كان عبد في يد رجل أقام رجلا ن عليه البيعة أحدهما بفصب والآخر بودية فهو بينهما) أي العبد بين المدعين (لأستوائهما) لأن المردع لما جحد لودية صار غاصبا فصار دعوى الودية والفصب سواء ، والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق فيكون العبد بينهما نصفين .

(فصل في التنازع بالأيدي)

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبيعة شرع في بيان وقوعه بظاهر اليد في هذا الفصل لما أن الأول أقوى ، ولهذا إذا قامت البيعة لا يثبت إلى اليد (قال) أي القدرى في مختصره (وإذا تنازعا) أي تنازع اثنان (في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى لأن تصرفه) أي تصرف الراكب (أظهر ، فإنه) أي الركوب (يخص بالملك) يعنى غالبا . قال الإمام الزيلعي في شرح الكنز : بخلاف ما إذا أتما البيعة حيث تكون بيعة الخارج أولى لأنها حجة مطلقة ، وبيعة الخارج أكثر إثباتا على ما بيناه . وأما المتعلق فليس بحجة ، وكذا التصرف ، لكنه يستدل بالتمكّن من التصرف على أنه كان في يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجج والترجيح انتهى (وكذا إذا كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب) أي في السرج (أولى) لأن العادة جرت بأن الملاك يركبون في السرج وغيرهم يكون رديفا ، كذا في الكافي وغيره . وأعلم أن ما ذكر في الكتاب من أن كون الراكب في السرج أولى من رديفه على رواية نقلها الناطقي في الأجناس

غير معتبر لأنه ليس بحجة مع وجود المكذب (وإذا كان عبد في يد رجل أقام رجلا ن عليه البيعة أحدهما بفصب والآخر بودية فهما سواء) لأن المردع لما جحد صار غاصبا ، والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق فيكون بينهما نصفين .

(فصل في التنازع بالأيدي)

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبيعة شرع في هذا الفصل يذكر بيان وقوعه بظاهر اليد لما أن الأول أقوى ، ولهذا إذا قامت البيعة لا يثبت إلى اليد (قال : وإذا تنازعا في دابة الخ) إذا تنازع اثنان في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى ، لأن تصرفه أظهر لأن الركوب يخص بالملك يعنى غالبا (وكذا إذا كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب في السرج أولى) لما ذكرنا ونقل الناطقي هذه الرواية من النوادر ، وأما في ظاهر الرواية فهي بينهما نقصان ،

(فصل في التنازع بالأيدي)

(قوله لأن الركوب يخص بالملك الخ) أقول : قال العلامة للزيلعي : بخلاف ما إذا أتما البيعة انتهى . يعنى المتعلق بالجام أذا تم ، ثم قال للزيلعي : حيث تكون بيعة الخارج أولى لأنها حجة مطلقة وبيعة الخارج أكثر إثباتا . وأما المتعلق فليس بحجة ، وكذا التصرف ، لكنه يستدل بالتمكّن من التصرف على أنه كان في يده ، واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجج والترجيح انتهى .

بمخلاف ما إذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف (وكذا إذا تنازعا في بيع وعليه حل لأحدهما فصاحب الحمل أولى) لأنه هو المتصرف (وكذا إذا تنازعا في قميص أحدهما لباسه والآخر متعلق بكه فاللباس أولى) لأنه أظهرهما تصرفا (ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما) معناه لاهل طريق القضاء لأن القعود ليس بيد عليه فاستويا .

عن نواز الملح . وأما في ظاهر الرواية فالدابة بينهما نصفان ، كذا في غاية البيان والعناية (بمخلاف ما إذا كانا راكبين) يعني في السرج (حيث تكون) أي الدابة (بينهما) قولا واحدا (لاستوائهما في التصرف) أما إذا كان أحدهما ممسكا بلجام الدابة والآخر متعلقا بذنها . قال مشايخنا: ينبغي أن يقضى للذي هو ممسك بلجامها لأنه لا يمتثل باللبام غالبا إلا المالك ، أما الذنب فإنه كما يتعلق به المالك يتعلق به غيره ، كذا في النهاية وغيره نقلا عن الذخيرة (وكذا إذا تنازعا في بيع وعليه حل لأحدهما ولآخر كوز متعلق فصاحب الحمل أولى لأنه هو المتصرف) فهو ذو اليد (وكذا إذا تنازعا في قميص أحدهما لباسه والآخر متعلق بكه فاللباس أولى لأنه أظهرهما تصرفا) ولهذا يصير به غاصبا ، كذا في الشروح (ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما) وكذا لو كانا جالسين عليه وادعياء فهو بينهما ، كذا في الشروح . قال المصنف (معناه لاهل طريق القضاء) أي معنى قوله فهو بينهما أنه بينهما لاهل طريق القضاء ، وحل المسئلة بقوله (لأن القعود ليس بيد عليه) أي حل البساط حتى لا يصير غاصبا به (فاستويا) أي فاستويا المتنازعان فيه يجعل في أيديهما لعدم المنازع لهما . هذا وقال صاحب النهاية في حل هذا المقام : لأن اليد على البساط لا تثبت إلا بإحدى الطريقين ، إما بإثبات اليد عليه حسا بالنقل والتحويل ، وإما بكونه في يده حكما بأن كان في يده ولم يوجد شيء من ذلك في البساط فلما نراه موضوعا حل قارعة الطريق لما علم أنه ليس في يد غيرها ولا في يدها وهما مدعيان يقضى بينهما لاستوائهما في الدعوى انتهى . أقول : يرد عليه أن هذا الشرح لا يطابق الشروح ، لأن المصنف قال : معناه لاهل طريق قضاء وهو يقول يقضى بينهما بينهما تدافع ظاهرا . فإن قلت : يجوز أن يكون مراد المصنف لاهل طريق القضاء الاستحقاق ، ومراد الشارح يقضى بينهما قضاء الترك فلا تدافع بينهما . قلت : لا مجال لأن يكون المراد بالقضاء بينهما هاهنا قضاء الترك أيضا ، إذ لابد في قضاء الترك من أن يعرف كون المدعي في يد المدعي كما يفصح عنه ما ذكره صاحب العناية أيضا هناك وصاحب النهاية نقلا عن الذخيرة فيا سيحى في مسألة التنازع في الحائط نحيث قال : ومعنى القضاء بينهما أنه إذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك ، فإن لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفي يديه . فيحل في أيديهما معا لأنه لا منازع لهما لأنه يقضى بينهما انتهى . فإنه يظهر منه الفرق بين قضاء الترك بينهما وبين الحمل في أيديهما من جهة أن الأول لهما عرف كون المدعي في أيديهما والثاني فيا لم يعرف ذلك

بمخلاف ما إذا كانا راكبين في السرج فلها بينهما قولا واحدا لاستوائهما في التصرف (وكذا إذا تنازعا في بيع ولأحدهما عليه حمل فصاحب الحمل أولى لأنه هو المتصرف) وإذا تنازعا في قميص أحدهما لباسه والآخر متعلق بكه فلاسه أولى لأنه أظهرهما تصرفا) ولهذا يصير به غاصبا (ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به أو كانا جالسين عليه فهو بينهما لاهل طريق القضاء) لأن اليد على البساط إما بالنقل والتحويل أو بكونه في يده . فيحل في أيديهما معا لأنه لا منازع لهما لأنه يقضى بينهما انتهى . فإنه يظهر منه عليه فليس بأيديهما ولا في يد غيرها وهما يدعيان على السواء فيترك في أيديهما ، وبهذا فرق بينه وبين الدار إذا ادعاهما مناكتها حيث لم يقض بهما بينهما لا بطريق الترك ولا بغيره ، لأن عدم يد الغير فيها غير معلوم ، لأن اليد فيها قد تكون بالاختطاط له ويزوال ذلك غير معلوم ، لأنها بعد أن كانت في مكانها الذي يثبت يد المحتط له فيه عليها لم تتحول إلى محل آخر فكابت يده ثابتة عليها حكما ولم يعلم به القاضي ، وجهالة: ذى اليد لا يجوز القضاء لغيره ، لأن شرط جواز العلم بأن المدعي ليس في يد غير

فأقول : المفهوم منه أن القضاء للراكب واللباس قضاء ترك لتعلق فيه فإنه خلاف ما يفهم من الكتاب (قوله حيث لم يقض بها) أقول :

قال (وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان) لأن الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق .

وفيها نحن فيه لم نتحقق يد لواحد من المدينين على ما تقرر آنفا فلم يعرف كون المديني في أيديهما فلم يتصور القضاء بينهما قضاء الترك أيضا فلم يتيسر التوفيق المذكور ، فكان صاحب العناية تبه لهذا فقال : لأن اليد على البساط إما بالنقل والتحويل أو بكونه في يته ، والجلوس عليه ليس بشئ من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس بأيديهما ولا في يديهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في أيديهما انتهى حيث ترك ذكر القضاء بينهما وذكر الترك في أيديهما ، لكن هذا أيضا لا يخلو عن قصور ، لأن استعمال الترك في اليد يقتضي سبق تحقق اليد ، وهاهنا ليس كذلك كما تبين ، فحق الكلام في هذا المقام أن يقال فيجعل في أيديهما : أى يوضع فيها لعدم المنازع لهما كما ذكرته فيما قبل لأنه يحتل يطابق الشرح المشرح ، ويطابق المقام ما يظهر مما سيجيء في مسئلة التنازع في الخاطم من الفرق بين عمل القضاء بينهما قضاء ترك وبين عمل الجعل في أيديهما بلا قضاء . وأيضا لا يتبقى الحاجة حينئذ إلى ما ذكره صاحبا النهاية والعناية وغيرهما من الفرق بين مسئلتنا هذه وبين مسئلة الدار إذا تنازعا فيها وكانا قاعدن فيها حيث لا يقضى بها بينهما ولا إلى ما ارتكبا في وجه الفرق بينهما من التكلف على ما لا يخفى على الفطن الناظر في كلامهم ، إذ يظهر حينئذ أن حكم كل واحدة من هاتين المسئلتين أن لا يقضى بين المدينين بالمديني بناء على أن ليس لأحد منهما يد عليه حتى تعبير دليل الملك وسبب القضاء ، بل أن يجعل المديني في أيديهما بلا قضاء لعدم المنازع لهما واستواسهما في الدعوى فتدبر (قال) أى عمدا في كتاب القضاء من الجامع الصغير (وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لأن الزيادة من جنس الحجة) فإن كل واحد منهما متمسك باليد ، إلا أن أحدهما أكثر استمساكا (فلا توجب زيادة في الاستحقاق) يعنى أن مثل تلك الزيادة لا توجب الرجحان ، إذ لا ترجيح بكثرة الملل كما مر ، فصار كما لو تنازعا في بئر ولأحدهما عليه خمسون منا وللآخر مائة من كان بينهما نصفين ولا يعتبر التفاوت بالقلّة والكثرة ، وكما لو أقام أحدهما الاثنين من الشهود والآخر الأربعة ، وفيه إشارة إلى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص التي ذكرت من قبل ، لأن الزيادة هناك ليست من جنس الحجة ، فإن الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال ، كذا في العناية ، ثم إن هذا يدل على أن جميع الثوب لو كان في يد رجل واحد وأنه أنه له كان القول قوله لكن هذا إذا عرف أن مثل هذا الثوب كان له في العادة وإلا فلا ، لأنه ذكر في المهيض والنخيرة ، لو خرج من دار رجل وحل عاتقه متاع فإن كان هذا الرجل الذي على عاتقه هذا المتاع يعرف بييمه وحمله فهو له ، وإن لم يعرف بذلك فهو لرب الدار . وفي القدوري : لو أن خياطا يحيط ثوبا في دار رجل وتنازعا في الثوب فالقول قول صاحب الدار ، وفي نوادر ابن مائة عن أبي يوسف : رجل دخل دار رجل فوجد معه مال فقال رب الدار هذا مالى أعلمته من منزلى ، قال أبو حنيفة : القول قول رب الدار ، ولا يصدق الداخل في شيء ما خلا ثيابه التي عليه إن كانت الثياب بما يلبسه . وقال أبو يوسف : إن كان الداخل رجلا يعرف بصناعة شيء من الأشياء بأن كان مثلا حملا يحمل الزيت فدخل وحل رقبتة زق زيت أو كان ممن يبيع ويطوف بالمتاع في الأسواق فالقول قوله ، ولا أصدق قول رب الدار عليه وإلا فلا . فأثبت في هذه المسائل أن صاحب اليد إنما يعتبر يده وإن كانت في المتقولات عند دلالة الدليل على أن ذلك له عادة وإلا فلا ، كذا في النهاية ومعراج الدراية

المدينين ولم يوجد (وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان) لأن الزيادة من جنس الحجة (فإن كل واحد منهما متمسك باليد إلا أن أحدهما أكثر استمساكا ، ومثل ذلك لا يوجب الرجحان ، كما لو أقام أحدهما شاهدين والآخر أربعة ، وفيه إشارة إلى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص ، لأن الزيادة ليست من جنس الحجة ، فإن الحجة هي

بل يجعل في أيديهما ، وفرق بين الجعل في أيديهما والقضاء بينهما قضاء الترك كما سيجيء في آخر هذه الورقة .

قال (وإذا كان صبيّ في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال أنا حرّ فالقول قوله) لأنه في يد نفسه (ولو قال أنا عبد لفلان فهو عبد للذي هو في يده) لأنه أقرّ بأنه لا يد له حيث أقر بالرق (وإن كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده) لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة المتاع . بخلاف ما إذا كان يعبر ،

(قال) أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء (وإذا كان صبيّ في يد رجل وهو يعبر عن نفسه) أي يعقل فحوى ما يعبر على لسانه ، كذا في الكافي . وفي معناه قول الشراح : أي يتكلم ويعقل ما يقول (فقال) أي الصبيّ (أنا حرّ فالقول قوله لأنه في يد نفسه) فكان هو صاحب اليد وكان المدعي خارجا والقول قول صاحب اليد ، وهذا لأن الأصل أن يكون لكل إنسان يد على نفسه إرادة المعنى الكرامة ، إذ كونه في يد غيره دليل الإهانة ، ومع قيام يده على نفسه لا تثبت يد الغير عليه للثنائي بين اليمينين إلا إذا سقط اعتبار يده شرعا فاحتفظت بتعبير يد الغير عليه ، وسقط اعتبار يده قد يكون لعدم أهليته بأن كان صغيرا لا يعبر عن نفسه : أي لا يعقل ما يكون . وقد يكون لثبوت الرق عليه لأن الرق عبارة عن عجز حكي واليد عبارة عن القدرة وبينهما تناف ، فإذا ثبت الضعف انضمت القدرة ، كذا في الكافي (ولو قال أنا عبد لفلان) أي لو قال الصبيّ الذي يعبر عن نفسه أنا عبد لفلان غير ذي اليد وقال الذي في يده إنه عبدي (فهو عبد للذي هو في يده لأنه أقرّ بأنه لا يد له حيث أقرّ بالرق) فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول للذي اليد أنه له ، ولا تقطع يده إلا بمجة وشهادة العبد ليست بمجة ، كذا في الكافي . فإن قيل : الإقرار بالرق من المضار لا محالة وأقوال الصبيّ فيها غير موجبة وإن كان حاقلا كالطلاق والمتاق والهبة والإقرار بالدين فإن الصبيّ أبدا يبعد من المضار ويقرب من الميار . قلنا : الرق ، هاهنا لا يثبت بإقراره بل بدعوى ذي اليد ، إلا أن عند معارضته إياه بدعوى الحرية لا تتقرر يده عليه ، وعند عدمها تتقرر كما في الصبيّ الذي لا يعقل فيكون القول قوله في رقه ، كذا في الشروح (وإن كان) أي الصبيّ (لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها) أي عن نفسه (وهو بمنزلة متاع) أي أن لا يكون له يد على نفسه فكانت يد صاحب اليد ثابتة عليه شرعا فيكون القول قوله أنه ملكه (بخلاف ما إذا كان يعبر) أي بخلاف ما إذا كان الصبيّ يعبر عن نفسه ولم يقرّ بالرق لما مر . فإن قيل : ما الفرق بين هذا وبين القتيط الذي لا يعبر عن نفسه فإن الملتقط هناك وهو صاحب اليد لو ادعى أنه عبده لا يصدق . وهنا يصدق . قلنا : الفرق هو أن صاحب اليد إنما يصدق في دعوى الرق باعتبار يده ، ويد الملتقط على القتيط ثابتة من وجه دون وجه لأنها ثابتة حقيقة وليست بثابتة حكما لأن الملتقط أمين في القتيط ويد الأمين في الحكم يد غيره فإذا كانت ثابتة من وجه دون وجه لم تصح دعواه مع الشك . فإن قيل : وجب أن لا يصدق في دعوى الرق لأن الحرية ثابتة بالأصل في بني آدم إذ الأصل في بني آدم الحرية لأنهم أولاد آدم وحواء عليهما السلام وهما كائنا حرين فكان ما يدعيه من الرق أمرا عارضا فلا يقبل قوله إلا بمجة . قلنا : ما هو الأصل إذا عارض عليه ما يدل على خلافه يعطل ، واليد على من هذا شأنه دليل على خلاف ذلك الأصل لأنها دليل الملك

اليد والزيادة هي الاستعمال (وإذا كان صبيّ في يد رجل يدعي رقه فلا يحتلوا إما أن يكون الصبي ممن يعبر عن نفسه أو لا ، فإن كان الأول فإن لم ينف فهو عبد ذي اليد ، وإن نفاه فقال أنا حرّ فالقول قوله لأنه أنكر ثبوت اليد عليه وتأيد بالظاهر فيكون في يد نفسه) ولو قال أنا عبد لفلان (غير ذي اليد) فهو عبد ذي اليد لأنه أقرّ أنه لا يد له على نفسه بإقراره بالرق) قيل : الإقرار بالرق من المضار لا محالة ، وأقواله فيها غير موجبة كالطلاق والمتاق والهبة والإقرار بالدين . ولجيب بأن الرق لم يثبت

(قوله وإذا كان صبيّ في يد رجل يدعي رقه) أقول : يعني يدعي ذلك للرجل (قوله إما أن يكون الصبي ممن يعبر) أقول : أي يتكلم ويفهم ما يقال (قوله قيل الإقرار بالرق من المضار لا محالة وأقواله فيها الخ) أقول : يعني وأقوال الصبيّ فيها غير موجبة الخ . قال الأزهري أخذاً من النهاية : ولا نسلم أن الإقرار بالرق من المضار لأنه يمكن التبادك بعده بدعوى الحرية ، إذ التناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى ، بخلاف الإقرار بالدين انتهى ، لأنه لا يمكن تبادكه ، وكذا الطلاق والمتاق .

فلوكبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لأنه ظهر الرق عليه في حال صفه ، قال (وإذا كان الحافظ لرجل عليه جلود أو متصل بيناته ولآخر عليه هراى فهو لصاحب الجلود والاتصال والهراى ليست بشيء) لأن صاحب الجلود صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازع فيها ولأحدهما حمل عليها وللآخر كوز معلق بها ، والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تريبع ،

فيبطل به ذلك الأصل ، كذا في النهاية وغيرها نقلا عن الفوائد الظهيرية (فلوكبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لأنه ظهر الرق عليه في حال صفه) فلا ينقض الأمر الثابت ظاهرا بلا حجة (قال) أى محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء (وإذا كان الحافظ لرجل عليه جلود أو متصل بيناته أى أو هو متصل بيناته (ولآخر عليه) أى على الحافظ (هراى) يفتح الهاء جمع هردية بضمها . وفي المغرب : الهردية عن الليث : قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم . وقال ابن السكيت : هو الهردى ولا تقل هردى انتهى . وفي الصحاح : الهردى من القصب ينطى معرب ولا تقل هردى انتهى . وصحح في الديوان الهاء والحاء جميعا ، وكذا القاموس . قال في غاية البيان : الرواية في الأصل والكافى للحاكم الشهيد بالحاء وفي الجامع الصغير وشرح الكافى وقعت بالحاء لاغير انتهى (فهو) أى الحافظ (لصاحب الجلود والاتصال ، والهراى ليست بشيء لأن صاحب الجلود صاحب استعمال) أى هو صاحب استعمال للحافظ بوضع الجلود عليه لأن الحافظ إنما يبنى للتسقيف وإذا بوضع الجلود عليه (والآخر) يعنى صاحب الهراى (صاحب تعلق) لا صاحب استعمال لأن الحافظ لا يبنى لوضع الهراى عليه والاستعمال يد ، وعند تمارض الدعويين القول قول صاحب اليد (فصار) أى فصار الحافظ في مثلثنا هذه (كدابة تنازع فيها ولأحدهما عليها حل وللآخر كوز معلق) فلأنها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز كذا هاهنا (والمراد بالاتصال) أى المراد بالاتصال المذكور في قوله أو متصل بيناته (مداخلة لبن جداره) أى جدار صاحب البناء (فيه) أى في الحافظ المتنازع فيه (ولبن هذا) أى ومداخلة لبن هذا : أى الحافظ المتنازع فيه (في جداره) أى في جدار صاحب البناء (وقد يسمى اتصال تريبع أى ويسمى اتصال مداخلة لبن اتصال تريبع ، وتفسير التريبع إذا كان الحافظ من مدر أو أجز أن تكون أنصاف لبن الحافظ المتنازع فيه داخلة في أنصاف لبن غير المتنازع فيه وأنصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة

بإقراره بل بدعوى ذى اليد ، إلا أن عند معارضته إياه بدعوى الحرية لا يتقرر يده عليه ، وعند عدمها تنقرر فيكون القول حينئذ قوله في رقه كالذى لا يعقل إذا كان في يده ، وإن كان الثاوى فهو عبد للذى في يده ، لأنه لما كان لا يعبر عن نفسه كان كناع لايد له على نفسه . واعترض بالملقط إذا ادعى رق لقيط لا يعبر عن نفسه فإنه لا يكون عبده ، وبأن الرق من المواضع إذ الأصل الحرية وهو يدفع العارض ، فكان الواجب أن لا يصدق في ذواليد إلا بحجة . وأجيب عن الأول بأن فرض الانقطاع يضعف اليد لأن الملقط أمين في القبط ويد الأمين في الحكم يد غيره فكانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يثبت بها الرق . وعن الثاني بأن الأصل يترك بدليل يد حل خلافة واليد حل من ذلك شأنه لكونه بمنزلة المتاع دليل الملك فيترك به الأصل ، فلوكبر وادعى الجرية لم يكن القول قوله لظهور الرق عليه في حال صفه . قال (وإذا كان الحافظ لرجل الخ) وإذا كان الحافظ لرجل عليه جلود أو متصل بيناته ولآخر عليه هراى جمع هردية وهى قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم ، ذكره في المغرب عن الليث ، يقال له بالقراسية وردوك (فهو) أى الحافظ (لصاحب الجلود والاتصال والهراى ليس بشيء ، لأن صاحب الجلود صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق به ، فصار كدابة تنازع فيها ولأحدهما عليها حل وللآخر كوز معلق بها ، والمراد بالاتصال) المذكور في قوله أو متصل بيناته (مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره ، وقد يسمى اتصال تريبع) وتفصيل التريبع إذا كان الحافظ من مدر أو أجز أن تكون

(قال المصنف : أو متصل بيناته) أقول : في حصة المصنف تأمل .

وهذا شاهد ظاهر لصاحبه. لأن بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط .

في المتنازع فيه ، وإن كان من خشب فالتربيع أن تكون ساحة أحدهما مركبة في الأخرى ، وأما إذا تقب فأدخل لا يكون تريعا ، كذا في غاية البيان نقلا عن ميسوط شيخ الإسلام . وفي النهاية وغيرها نقلا عن اللخيرية قال صاحب الشريعة : وإنما سمي هذا اتصال التريبع لأحدهما إنما يبينان لحيطة مع جدارين آخرين بمكان مربع انتهى . وكان الكرخي يقول : صفة هذا الاتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلًا بمحيطين لأحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلان بمحاط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعا شبه القبة فيحتمل يكون الكل في حكم شيء واحد . والمروى عن أبي يوسف أن اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بمحاططين لأحدهما يكفي ، ولا يشترط اتصال الحائطين بمحاط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه ، وعليه أكثر مشايخنا لأن الرجحان يقع بكون ملكه محيطا بالحائط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بمحاططين الحائط المتنازع فيه ، كذا في شرح الكنز للإمام الزيلعي . وفي شرح الهداية فتاج الشريعة (وهذا أي اتصال التريبع) شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه أي بعض بناء صاحبه (على بعض هذا الحائط) أي على بعض هذا الحائط المتنازع فيه بالاتصال فصار الكل في حكم حائط واحد بهذا النوع من الاتصال ، وبعبارة متفق عليه لأحدهما فورد" اختلف فيه إلى المتفق عليه ، ولأن الظاهر أنه هو الذي بناء مع حائطه فداخله أنصاف اللبن لا تنصورا لا عند بناء الحائطين معا فكان هو أولى ، كذا ذكره صاحب النهاية وعزاء إلى الميسوط . أقول : يؤول هاهنا كلام ، وهو أن المصنف حل المراد بالاتصال المذكور في مسئلته هذه على اتصال التريبع ، وتبعه في هذا عامة لغات المتأخرين كصاحب الكافي والإمام الزيلعي وشرح الهداية قاطبة وغيرهم ، حتى أن كثيرا من أصحاب المتن صرحوا بتقيد الاتصال هاهنا بالتريبع منهم صاحب الوقاية حيث قال : والحائط لمن جلوعه عليه أو متصل ببنائه اتصالا تريعا لا لمن له عليه هراوى انتهى . ولكن لم يظهر لي وجه هذا التقيد هاهنا لأن معنى مسئلته هذه أن صاحب الجلود أولى من صاحب الهراوى ، وكذا صاحب الاتصال أولى من صاحب الهراوى . وفي الحكم يكون صاحب الاتصال أولى من صاحب الهراوى لإحتياج إلى تقيد الاتصال بالتريبع ، بل كل واحد من ضربتي الاتصال : أعني اتصال التريبع واتصال الملازمة مشتركان في هذا الحكم فإن الهراوى إما لا اعتبار له أصلا بل هي في حكم المعلوم ، حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هراوى وليس للأخر شيء فهو بينهما على ما سيأتي في الكتاب . وقد ذكر في معتبرات الفتاوى أنه إذا كان لأحدهما اتصال ملازمة ولم يكن للأخر اتصال ولا جلوع فهو لصاحب الاتصال ، فقال في اللخيرية : وذكر هذا أيضا في النهاية نقلا عن اللخيرية . أما إذا كان الحائط المتنازع فيه متصلا ببنائهما إن كان اتصالهما اتصال تريبع أو اتصال ملازمة فإنه يقضى بينهما نصفين لأنهما استويا في الدعوى والاتصال ، وأما إذا كان اتصال أحدهما اتصال تريبع واتصال الآخر اتصال ملازمة فصاحب التريبع أولى ، لأن صاحب التريبع مستعمل للحائط المتنازع فيه ، لأن قوام حائطه بقدر التريبع بالحائط المتنازع فيه لما ذكرنا من تفسير التريبع ، فكان لصاحب التريبع على ذلك التفسير مع الاتصال نوع استعمال ، وللآخر مجرد اتصال من غير استعمال فيكون الاتصال مع الاستعمال أولى فكان بمنزلة الراكب على الدابة والمتعلق بالجام ، ولو كان لأحدهما اتصال ببناء اتصال ملازمة أو اتصال تريبع وليس للأخر اتصال ولا له عليه جلوع فإنه يقضى لصاحب الاتصال لأنهما استويا في حق الاتصال بالأرض المملوكة ولأحدهما زيادة اتصال من خلاف الجلس الأول وهو الاتصال بالبناء فيترجع على الآخر انتهى . وقال في البدائع : ولو كان الحائط متصلا ببناء إحدى الدارين اتصال التراق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لأنه كالتصاق به ، ولو كان لأحدهما اتصال التراق وللآخر جلوع فصاحب الجلود أولى لأنه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ، ولو كان لأحدهما اتصال التراق وارتباط وللآخر اتصال تريبع فصاحب التريبع أولى ، لأن اتصال التريبع أقوى من اتصال الارتفاق ، ولو كان أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخل في أنصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس ، وإن كان من خشب فالتربيع أن تكون ساحة أحدهما مركبة في الأخرى ، وأما إذا تقب فأدخل فلا يكون تريعا (وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط) ومن هذا يعلم أن من الاتصال ما يكون اتصال مجاورة وملازمة وعند التعارض اتصال التريبع أولى

وقوله المرادى ليست بشيء يدل على أنه لا اعتبار للمرادى أصلاً، وكذا البوارى لأن الحافظ لا يبنى لها أصلاً حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه مرادى وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما (ولو كان لكل واحد منهما عليه جلوع ثلاثة فهو بينهما) لاستوائهما ولا معتبر بالأكثر منها بعد الثلاثة

لأحدهما اتصال بتريبع وللآخر بالجلوع فالحافظ لصاحب التريبع ولصاحب الجلوع حق وضع الجلوع انتهى فتلخص من هذا كله أن قاعدة تقييد الاتصال بالتريبع إنما تظهر لو كان للآخر اتصال ملازمة كما ذكر في الأخيرة، أو كان للآخر جلوع كما ذكر في البدائع، وأما إذا كان للآخر مرادى كما فيها نحن فيه فلا غائلة في ذلك التقييد بل فيه إخلال بعموم جواب المسئلة كما تبين مما ذكرناه فتنبه، فإن كشف القناع عن وجه هذا المقام مما تفردت به بعون الملك العلام (وقوله المرادى ليست بشيء) أى قول محمد في الجامع الصغير المرادى ليست بشيء (يدل على أنه لا اعتبار للمرادى أصلاً بل هي في الحكم المعلوم) (وكذا البوارى لأن الحافظ لا يبنى لها أصلاً) أى لأن الحافظ لا يبنى لأجل المرادى والبوارى، لأنه إنما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجلوع عليه لا بوضع المرادى والبوارى، وإنما توضع المرادى والبوارى للاستظلال والحائط لا يبنى له (حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه مرادى وليس للآخر شيء فهو بينهما) معناه: إذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك، وإن لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفي يديه يعمل في أيديهما لأنه لا منازع لهما لأنه يقضى بينهما كذا في العناية وكذا في النهاية فخلا عن الأخيرة. ويعرف منه الفرق بين قضاء الترك والحمل في اليد بلا قضاء كما نبهنا عليه فيما مر فلا تغفل عنه (ولو كان لكل واحد منهما جلوع ثلاثة) أى لو كان لكل واحد من المدينين على الحائط جلوع ثلاثة (فهو بينهما لاستوائهما) أى في أصل العلة، وهو أن يكون لكل واحد منهما حمل مقصود يبنى الحائط لأجله وفي نصاب الحاجة وهو الثلاثة لأنها أقل الجمع (ولا معتبر) أى ولا اعتبار (بالأكثر منها) أى من الجلوع (بعد الثلاثة) لأن الزيادة من جنس الحاجة فإن الحائط يبنى للجلوع الثلاثة كما يبنى لأكثر منها. قال في معراج الدراية: وقوله ولا معتبر بالأكثر منها: أى من الثلاثة. أقول: تفسيره ليس بسديد، أما أولاً فلا يقتضى أن يكون كلمة (من) في قوله منها تفضيلية فيلزم اجتماع لام التعريف ومن التفضيلية في اسم التفضيل وهو لا يجوز على ما عرف في موضعه. وأما ثانياً فلا يقتضى أن يكون قوله بعد الثلاثة لغوا، لأن ما هو أكثر من الثلاثة لا يكون إلا بعد الثلاثة، فالصواب أن كلمة من هاهنا تبيينية لا تفضيلية، وأن ضمير منها راجع إلى الجلوع كما أشرنا إليه فيما مر آخفاً لا إلى الثلاثة، فيصير المعنى ولا اعتبار بالأكثر الكائن من جنس الجلوع بعد الثلاثة فلا يلزم

(وقوله والمرادى ليست بشيء) يعنى قول محمد في الجامع الصغير (يدل على أنه لا اعتبار للمرادى أصلاً، وكذا البوارى لأن الحافظ لا يبنى لها أصلاً) لأنه إنما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجلوع لا المرادى والبوارى، وإنما يرضعان للاستظلال والحائط لا يبنى له (حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه مرادى وليس للآخر عليه شيء قضى به بينهما) ومعناه إذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك، وإن لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وهو في يديه يعمل في أيديهما لأنه لا منازع لهما لأنه يقضى بينهما (ولو كان لكل واحد منهما جلوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما، ولا معتبر بالأكثر منها بعد الثلاثة

(وقوله ومعناه إذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك) أقول: فإذا ادعاء ثالث لاطلب منه البيعة على أنه في أيديهما ليصيرا خصماً له لمعرفته القاضي بذلك، وإذا تراضوا إلى قاض أشر فقام للمضى البيعة بقضاء القاضي الأول بينهما قضاء ترك يكونان خصماً له (وقوله يعمل في أيديهما لأنه لا منازع لهما) أقول: فإذا ادعاء ثالث يطلب منه بيعة على أنه في أيديهما حتى يصير خصماً له، وإذا كان القاضي الذي تراضوا إليه غير القاضي الأول لاتسع خصوصية الثالث بإقامة البيعة على أن القاضي الأول جملة في أيديهما فيعتبر (قال المصنف: ولا معتبر بأكثر منها بعد الثلاثة) أقول: من حله هي التبيينية لا البدلية على الفضل عليه فلا يلزمه الجمع بين الألف واللام ومن التفضيلية. وفي بعض النسخ بأكثر منها فن حيلة قصصية.

(وإن كان جلدوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جلدعه) في رواية ، وفي رواية لكل واحد منهما ماتحت خشبته ، ثم قيل ما بين الخشب بينهما ، وقيل على قدر خشبهما ، والقياس أن يكون بينهما نصفين لأنه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة . وجه الثاني

شئ من المجلودين المذكورين (وإن كان جلدوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو) أي الحافظ كله (لصاحب الثلاثة وللآخر) أي ولصاحب الجلدع الواحد أو الاثنين (موضع جلدعه في رواية) وهي رواية كتاب الإقرار من الأصل حيث قال فيه : الحافظ كله لصاحب الأجداع ولصاحب القليل ماتحت جلدعه . قالوا : يريد به حق الوضع . وقال في النهاية : ثم اعلم أن هذا فيما إذا ثبت ملكه بسبب العلامة وهي الجلدوع الثلاثة لا بالبيئة ، أما إذا ثبت بالبيئة كان لصاحب الملك أن يمنع صاحب الجلدع الواحد من وضع جلدعه على جداره كذا في المبسوط وغيره انتهى (وفي رواية) وهي رواية كتاب الدعوى من الأصل (لكل واحد منهما ماتحت خشبته) حيث قال فيه : إن الحافظ بينهما على قدر الأجداع ، وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الإقرار أصح . وقال قاضيان : والصحيح أن ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب الخشبة كما ذكر في الدعوى ، كذا في التبيين للإمام الزمخشري (ثم قيل) أي على هذه الرواية : يعني اختلف المشايخ على رواية كتاب الدعوى في حكم ما بين الخشب قليل (ما بين الخشب بينهما) أي يكون بين المدينين نصفين لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات على ما سيذكر (وقيل على قدر خشبهما) أي وقيل ما بين الخشب يكون على قدر خشبهما اعتبارا لما بين الخشبات بما هو تحت كل خشبة ، ثم إن هذين القولين موافقان لما ذكر في الذخيرة . وقال في المبسوط في موضع القليل الأول : وأكثرهم على أنه يقضى به لصاحب الكثير ، لأن الحافظ ينفي للخشب لا نخشبة واحدة (والقياس أن يكون بينهما نصفين) هذا ناظر إلى قوله فهو لصاحب الثلاثة إلى آخره : يعني أن ذلك استحسانا . والقياس أن يكون الحافظ بين صاحب الجلدع والمدين وبين صاحب الثلاثة نصفين ، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله كما ذكر في الكافي وغيره (لأنه لا معتبر) أي لا اعتبار (بالكثرة في نفس الحجة) يعني أنهما استويا في أصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ، ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين ولم يعملوا بينهما نصفين ، كذا في العناية وغيرها (ووجه الثاني) يعني وجه الرواية الثانية . وهي قوله لكل واحد منهما ماتحت خشبته ، ولكن ذكر الثاني إما بتأويل المصدر الذي هو الرواية بالفعل وأن كما هو المشهور في نظائرها ، وإما

لأن الزيادة من جنس الحجة ، فإن الحافظ ينفي للجلدوع الثلاثة كما ينفي لأكثر منها (وإن كان جلدوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جلدعه في رواية) كتاب الإقرار حيث قال فيه : الحافظ كله لصاحب الأجداع ، ولصاحب القليل ماتحت جلدعه يريد به حق الوضع فهو مصدر مبني وقد أشار إليه المصنف (وفي رواية) كتاب الدعوى (لكل واحد منهما ماتحت خشبته) حيث قال فيه : إن الحافظ بينهما على قدر الأجداع فيكون لصاحب الجلدع موضع جلدعه مع أصل الحافظ ، وعلى هذه الرواية قيل : ما بين الخشب يكون بينهما لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات كما نذكره (وقيل) يكون ذلك (على قدر خشبهما) وهذا موافق لما ذكر في الذخيرة . وقال في المبسوط في موضع القليل الأول : وأكثرهم على أنه يقضى به لصاحب الكثير ، لأن الحافظ ينفي لعشر خشبات لا نخشبة واحدة (قوله والقياس) رجوع إلى قوله فهو لصاحب الثلاثة الخ : يعني ذلك استحسانا ، والقياس (أن يكون) الحافظ بين صاحب الجلدع والمدين وبين صاحب الأكثر (نصفين) لأنهما استويا في أصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين (وجه الرواية الثانية) وهو قوله لكل واحد منهما ماتحت خشبته

(قوله فهو مصدر مبني) أقول : قوله هو راجع إلى موضع في قوله وللآخر موضع جلدعه (قوله وقد أشار إليه المصنف) أقول : بقوله فهو لصاحب الثلاثة (قوله لأن الحافظ الخ) أقول : وفي تأخير المصنف دليل القليل الأول إشارة إلى رجوعه على ما هو دأبه وعادته (قال المصنف : وجه الثاني .

أن الاستعمال من محل واحد بقدر خشبته . ووجه الأول أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمبنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير ، إلا أنه يبنى له حق الوضع لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده (ولو كان لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فالأول (أولى) ويرى الثاني أولى . وجه الأول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى .

بتأويل الرواية بالنقل أو القول (أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته) والاستحقاق بحسب الاستعمال . قال بعض الفضلاء لم يظهر منه جواب وجه القياس . أقول : يظهر ذلك بالتأمل فيه فإن المراد أن الاستعمال من كل واحد مختص بقدر خشبته ، وما تحت خشبته لا يعدو الغير فلم يكونا مستعملين بشيء واحد مع زيادة استعمال أحدهما ، بل كان كل واحد مستعملا لما كان تحت خشبته فقط فكانت حجة كل واحد قائمة على غير ما قامت عليه حجة الآخر فلم يكن الأمر من قبيل الترجيح بالكثرة في نفس الحجة ، لأن هذا فيما إذا أخذ عمل الحجين ، ويرشد إليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال : وأما وجه رواية كتاب الدعوى أن الحائط إذا كان يستحق فيها الجذوع فذلك الموضع الذي هو مستحق مشغول بجمعه في يده حقيقة باعتبار الاستعمال وقد انعدم دليل الاستعمال في الباقي فثبت لكل واحد منهما الملك فيها تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق له في ذلك الموضع فصار هذا كالدار الواحدة إذا كان فيها أحد عشر منزلا : عشرة منها في يد رجل ، وواحد في يد رجل ، وتنازعا في الدار ، فإنه يقضى لكل واحد منهما بما في يده كلها جاهناها ، (ووجه الأول) أي وجه الرواية الأولى وهي قوله فهو لصاحب الثلاثة وتذكر الأول مثل ما ذكرناه في الثاني (أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمبنى) بناء على أن الحائط يبنى للتسقيف ، والتسقيف لا يحصل بخشبة ولا بجثتين وإنما يحصل بالخشبة والجثتين أسطوانة وأسطوانتان (فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير ، إلا أنه يبنى له حق الوضع) أي يبنى لصاحب الأقل حق وضع جذعه (لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده) يبنى أن حكتنا بالحائط لصاحب الأكثر بالظاهر ، وهو يصلح حجة للدفع دون الاستحقاق فلا يستحق به صاحب الأكثر يد صاحب الأقل حتى يرفع خشبته الموضوعة ، ومن الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع ، فإن القسمة لو وقعت على هذا الوجه لكان جائزا . ثم أعلم أن ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذوع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار أن التسقيف بهما نادر كجذوع واحد . وقال بعضهم : الجثستان بمنزلة الثلاث لإمكان التسقيف بهما ، وكذا في العناية وغيرهما (ولو كان لأحدهما اتصال وللآخر جذوع) وفي بعض النسخ لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فعل الأولى وقع في الدليل بوجه الأول ، وعلى الثانية وقع فيه وجه الثاني ، وكذا في العناية . وقال صاحب النهاية : ومن يحمل جذوعه من الشراخ ما في النسخة الأولى هو الصحيح ليكون الدليل موافقا للمدعى ، وما في الثانية ليس بصحيح لأن الدليل لا يوافق ذلك الترتيب فكأنهم لم يصلوا إلى نسخة وقع ذكر الدليل فيها ووجه الثاني فتبين (فالأول أولى ، ويرى أن الثاني أولى ، وجه الأول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى) لأنه المقصود باليد ، وكذا في الكافي ، ولأن التصرف

(أن الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته) والاستحقاق بحسب الاستعمال (ووجه الأول أن الحائط يبنى لوضع الكثير دون الواحد والمبنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير ، إلا أنه يبنى له حق الوضع لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده) فلا يستحق به وضع الخشبة الموضوعة ، إذ من الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه ، فإن القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا . ثم أعلم أن ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذوع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار أن التسقيف بهما نادر كجذوع واحد . وقال بعضهم : الجثستان بمنزلة الثلاث لإمكان التسقيف بهما (ولو كان لأحدهما اتصال وللآخر جذوع) وفي بعض النسخ : لأحدهما جذوع وللآخر اتصال ، وعلى الأولى وقع في الدليل وجه الأول وعلى الثانية وجه الثاني ، ونعمنا : إذا تنازع صاحب الجذوع واتصال الترييح في أحد طرق الحائط المتنازع فيه (فالأول أولى) .

أن الاستعمال (أي) قول : لم يظهر منه جواب وجه القياس (قوله وعلى الثانية وجه الثاني) أقول : يبنى في بعض النسخ ، وإلا في بعضها وقع .

وجه الثاني أن الحافظين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بأكمله ثم يبقى للأخر حق وضع جلوعه لما قلنا ، وهذه رواية الطحاوى وصحها الجرجاني . قال (وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات وفي يد آخر بيت فإلساحة بينهما نصفان) لاستوائهما في استعمالها

لا يكون بدون اليد ، واليدان إذا تعرضا سلم التصرف عن المعارض فصالح مرجحا . كذا في شرح تاج الشريعة ، ورجح هذه الرواية هـم الأئمة السرخسي (وجه الأول) وفي بعض النسخ : وجه الثاني (أن الحافظين بالاتصال يصيران كبناء واحد ، ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بأكمله) أقول : يرد عليه منع قوله ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء له بأكمله لجواز أن يقضى ببعض الشيء الواحد لرجل وبعضه الآخر لرجل آخر ، إما بالنجزة إن قبل القسمة أو بالشيوع إن لم يقبلها ، كيف ولو أثبت صاحب الجذوع بالبيئة كون الحافظ المتنازع فيه ملكه قضى له به بلا شبهة مع بقاء الحافظ الآخر في ملك صاحب الاتصال ، فلو تمت تلك الضرورة لما جاز هذا القضاء وكان صاحب العناية تنبه لهذا وقصد دفعه فعلم قول المصنف ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بأكمله بقوله لعدم القائل بالاشتراك . ولكن يرد عليه أيضا أنه إن أراد بعدم القائل بالاشتراك عدم القائل به من المتنازعين فهو ممنوع ، لأن صاحب الجذوع قائل به ، فإنه يدهى أن الحافظ المتنازع فيه له ، ويعترف بأن الحافظ الآخر المتصل به لصاحب الاتصال ، فيصير البناء المركب من هذين الحافظين مشتركا بينهما عنده ، وإن أراد بذلك عدم القائل به من المتهملين فهو أيضا ممنوع ، فإن من يقول بكون الحافظ المتنازع فيه لصاحب الجذوع على ما هو موجب إحدى الروايتين يقول بكون البناء المركب من هذا الحافظ والحافظ المتصل به مشتركا بين صاحب الجذوع وصاحب الاتصال قطعاً (ثم يبق للأخر حق وضع جلوعه) أى على رواية أن الحافظ المتنازع فيه لصاحب الاتصال (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده ، حتى قالوا : لو ثبت ذلك بالبيئة أمربعض الجذوع لكون البيئة حجة مطلقة صالحة للدفع والاستحقاق (وهذه) أى رواية أن صاحب الاتصال أولى (رواية الطحاوى وصحها الجرجاني) وهو الفقيه أبو عبد الله المرشد ، ورجحه بالسبق لأن الترتيب يكون حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع فكان يده ثابتا قبل وضع الآخر الجذوع فصار نظير سبق التاريخ ، كذا ذكره الإمام الزيلعي في التبيين . ثم أعلم أن الاتصال الذي وقع الاختلاف في ترجيح صاحبه على صاحب الجذوع أو على العكس هو الاتصال الذي وقع في أحد طرفي الحافظ المتنازع فيه ، وأما إذا وقع اتصال الترتيب في طرفيه فصاحب الاتصال أولى ، وعلى هذا عامة المشايخ ، كذا في النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية . وقال في الخلاصة : وإن كان الاتصال في طرف واحد ذكر شيخ الإسلام أن صاحب الاتصال أولى ، وبه أخذ الطحاوى والشيخ الفقيه أبو عبد الله المرشد . وذكر هـم الأئمة السرخسي أن صاحب الجذوع أولى وقال فيها قبل هذا : فإن كان الاتصال في طرفي الحافظ المتنازع فيه فصاحب الاتصال أولى به ، وعليه عامة المشايخ ، وهكذا روى عن أبي يوسف في الأمالي ، كذا في النهاية وغيرها (قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات وفي يد آخر بيت فإلساحة) بالحاء المهملة ، وهي عرصة في الدار وبين يديها ، كذا في معراج الدراية (بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالهما) أى استعمال لأنه صاحب التصرف وصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف أقوى ، ومن روجه هـم الأئمة السرخسي . ويروى أن الثاني أولى لأن الحافظين بالاتصال صارا كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بأكمله لعدم القائل بالاشتراك ، ثم يبقى للأخر حق وضع جلوعه لما قلنا إن الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبيئة أمربعضها لكونها حجة مطلقة ، وهذا رواية الطحاوى وصحها الجرجاني ، ولو كان الاتصال بطرفي الحافظ المتنازع فيه كان صاحب الاتصال أولى على اختيار عامة المشايخ ، وهكذا روى عن أبي يوسف في الأمالي (وإذا كان في يد رجل عشرة أبيات) من دار (وفي يد آخر بيت واحد فإلساحة بينهما نصفين لاستوائهما في الاستعمال)

وعلى الثانية وجه الأول ، ولهذا صحح صاحب النهاية النسخة الأولى دون الثانية قائلا بأن الدليل لا يوافق ذلك الترتيب (قوله لعدم القائل بالاشتراك) أقول : فيه بحث .

وهو المروء فيها . قال (وإذا ادعى رجلان أرضاً) يعنى يدعى كل واحد منهما (أنها) فى يده لم يقض أنها فى يد واحد منهما حتى يقيم البيينة أنها فى أيديهما (لأن اليد فيها غير مشاهدة لتعذر إحضارها وما غاب عن علم القاضى فالبيينة تثبته

الساحة (وهو المروء فيها) ووضع الأمتعة وصبب الوضوء وكسر الحطب وما أشبه ذلك ، فلما كانا فى ذلك سواء كانا فى استحقاق الساحة أيضاً سواء ، ولعل مرور صاحب القليل أكثر من مرور صاحب الكثير لزمارة صاحب الكثير وكون صاحب القليل ولاجا خراجاً . على أنا نقول : الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس العلة وصار هذا كالطريق يستوى فيه صاحب الدار والمنزل والبيت وإن كان بعضها أكثر من بعض ، وهذا لأن الاستحقاق باعتبار أصل اليد كذا فى النهاية ومراجع الدراية أخذنا من الكافى ، وطولب بالفارق بين ما إذا تنازعا فى ثوب فى يد أحدهما جميع الثوب وفى يد الآخر هدبه حيث يلقى صاحب الهدب ، وما إذا تنازعا فى مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الأرضى وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة . أجبب بأن الهدب ليس بثوب لكون الثوب اسماً للمنسوج فكان جميع المدعى فى يد أحدهما والآخر كالأجنبي عنه فأنهى والشرب محتاج إليه الأرضى دون الأرباب ، فبكثرة الأرضى كثر الاحتياج إلى الشرب فيستدل به على كثره حق له فيه ، وأما فى الساحة فالاحتياج للأرباب وهما فيه سواء ، فاستويا فى الاستحقاق ، فصار هذا نظير تنازعهما فى سعة الطريق وضيقة حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار ، كذا فى العناية وإلى هذا أشار الإمام المصنوع والإمام القزوينى ، كما صرح به فى النهاية ومراجع الدراية (قال أى محمد فى كتاب القضاء من الجامع الصغير (وإذا ادعى رجلان أرضاً ، يعنى يدعى كل واحد منهما أنها فى يده لم يقض أنها فى يد واحد منهما حتى يقيم البيينة أنها فى أيديهما) أقول : فى جارة الكتاب هاهنا مسأعة ، وكان الظاهر أن يقال : حتى يقيم البيينة أنها فى يده ، لأن القضاء بأنها فى يد واحد منهما إنما يتوقف على إقامة كل واحد منهما البيينة أنها فى يده لاعتبار إقامتهما البيينة أنها فى أيديهما ، وإنما التوقف عليها القضاء بأنها فى أيديهما معاً كما لا يخفى ، وسيجلى من التفصيل الآتى فى الكتاب ، ولقد أحسن صاحب الكافى هاهنا حيث قال : لم يقض بأنها فى يد أحدهما إلا بالبيينة انتهى . فإن هذه كلمة جامعة هاهنا (لأن اليد فيها) هى فى الأرض (غير مشاهدة لتعذر إحضارها) فقد غاب عن علم القاضى (وما غاب عن علم القاضى) أى والذى غاب عن علمه (فالبيينة تثبته) فلا بد من إقامة البيينة عليه حتى يمكن القضاء به ، ولأنه جاز أن تكون فى يد غيرهما ولو قضى لهما أو لأحدهما باليد لأبطل حق صاحب اليد بلا حجة وأنه لا يجوز ، كذا فى الكافى . قال فى القوائد الظهيرية هاهنا مسألة غفل عنها القضاء ، وهى أنه لو ادعى أرضاً والمدعى عليه يزعم أنها فى يده وأقام المدعى بيينة على الملك فالقاضى لا يقضى ببيئته لجواز أن تكون الأرض فى يد ثالث والمدعى والمدعى عليه تواضعا على ذلك ، وهذه حيلة ليجعلها القاضى فى يد أحدهما ،

وهو المروء (وصبب الوضوء وكسر الحطب ووضع الأمتعة وغيرها ، ولا محتر بكون أحدهما خراجاً ولاجا دون الآخر ، لأنه ترجيح بما هو من جنس العلة ، وطولب بالفارق بين ما إذا تنازعا فى ثوب فى يد أحدهما جميع الثوب وفى يد الآخر هدبه حيث يلقى صاحب الهدب ، وإذا تنازعا فى مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الأرضى وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة . وأجبب بأن الهدب ليس بثوب لكونه اسماً للمنسوج فكان جميع المدعى فى يد أحدهما والآخر كالأجنبي عنه فأنهى ، والشرب محتاج إليه الأرضى دون الأرباب ، فبكثرة الأرضى كثر الاحتياج إلى الشرب فيستدل به على كثره حق له فيه . وأما فى الساحة فالاحتياج للأرباب وهما فيه سواء فاستويا فى الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما فى سعة الطريق وضيقة حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار . قال (وإذا ادعى رجلان أرضاً الخ) إذا ادعى رجلان أرضاً كل واحد منهما ادعى أنها فى يده لم يقض القاضى أنها فى يد واحد منهما حتى يقيم البيينة أنها فى أيديهما (لأن اليد) حق مقصود فلا يجوز للقاضى أن يحكم به ما لم يعلم وحيث كانت (غير مشاهدة لتعذر إحضارها) لا بد

(قوله وفى يد الآخر هدبه) أقول : الهدب يقال له بالتركي سيق .

(وإن أقام أحدهما البيعة جعلت في يده) لقيام الحجة لأن اليد حق مقصود (وإن أقام البيعة جعلت في أيديهما) لما بيننا فلا تستحق لأحدهما من غير حجة (وإن كان أحدهما قد لبس في الأرض أو بنى أو حفر فهي في يده) لوجود التصرف والاستعمال فيها .

فالم ثبت كون الأرض في يد المدعى عليه بالبيعة لا يقضى ، إلا أنه يمنع المقر من أن يلزم المقر له فيها لأن إقراره حجة في حقه كذا في معراج الدراية (وإن أقام أحدهما البيعة) أى على أنها في يده (جعلت في يده لقيام الحجة) ويعمل الآخر خارجا ، كذا في الكافي وغيره . فإن قيل : للبيعة تقام على الحصر ، وإذا لم يثبت كونها في يد الآخر لا يكون خصما فكيف يقضى للبيعة ؟ قلنا : هو خصم باعتبار منازعته في اليد ، ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة ، كذا في عامة الشروح . وقال صاحب العناية : وقد أشار إلى ذلك بقوله (لأن اليد حق مقصود) يعنى فيجوز أن يكون مدعيه خصما انتهى (وإن أقام البيعة) أى على أنها في أيديهما (جعلت في أيديهما لما بيننا) إشارة إلى قوله لقيام الحجة . وذكر الإمام القزويني : فإن طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات ، فإن حلفا لم يقض لهما باليد وبرى كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار إلى أن تظهر حقيقة الحال . وإن نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذى في يد صاحبه ، وإن نكل أحدهما قضى عليه بكلاهما ، للحال نصفها الذى كان في يده ونصفها الذى كان بيد صاحبه لنكوله ، كذا في الشروح (فلا تستحق) بصيغة المجهول : أى فلا تستحق اليد (لأحدهما من غير حجة) قال بعض الفضلاء : لا يخفى عليك أن هذا الكلام في غير محله . أقول : إنما يكون كذلك لو كان متزعا على قوله وإن أقام البيعة الخ ، إذ لا ارتباط بينهما ، أو على قوله لأن اليد حق مقصود إذ يلزم الفصل بينهما بأجنبي . وأما إذا كان متزعا على مجموع ما ذكر في مسئلتنا هذه من قوله وإذا ادعى الرجلان أرضا إلى هنا بأن كان فذلك الكلام في هذا المقام فقد كان في محله كما لا يخفى (فإن كان أحدهما قد لبس في الأرض أو بنى أو حفر) يعنى إذا ادعى كل واحد منهما أرضا صهرها أنها في يده وأحدهما لبس فيها أو بنى أو حفر (فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال) ومن ضرورة ذلك إثبات اليد كالركوب على الدواب والبس في الثياب ، كذا ذكره فخر الإسلام .

من البيعة لأنها تثبت ما غاب عن المشاهدة (وإن أقام أحدهما البيعة جعلت في يده لقيام الحجة) فإن قيل : البيعة تقام على خصم وحيث لم يثبت أنها في يد الآخر فليس بمخصم . أجيب بأنه خصم باعتبار منازعته في اليد ، ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة ، وقد أشار إلى ذلك بقوله (لأن اليد حق مقصود) يعنى فيجوز أن يكون مدعيه خصما (فإن أقام البيعة جعلت في أيديهما) لقيام الحجة ، فإن طلبا القسمة بعد ذلك لم يقسم بينهما ما لم يقيا البيعة على الملك . قال بعض مشايخنا : هذا قول أبي حنيفة ، وقالا : يقسم بينهما بناء على مسألة أخرى ذكرها في كتاب القسمة ، وهي ما إذا كانت الدار في أيدى ورثة حضور كبار أقروا عند القاضي أنها ميراث في أيديهم من أبيهم وأولادهم من القاضي أن يقسمها بينهم ، فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البيعة أن أباهم مات وتركها ميراثا لهم . وقال أبو يوسف ومحمد : يقسمها بينهم بأقرارهم ، ويشهد أنه إنما قسمها بينهم بأقرارهم . ومنهم من قال : المذكور هاهنا قول الكل ، لأن القسمة نوعان : قسمة بين الملك لتكامل المنفعة وقسمة اليد لأجل الحفظ والصيانة بين العتق غير محتاج إلى الحفظ ، فالم يثبت الملك لا يقسم لأن العتق غير محتاج إلى ذلك ، وإن طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات ، فإن حلفا لم يقض لهما باليد وبرى كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار إلى أن تظهر حقيقة الحال ، وإن نكلا قضى لكل واحد

(قوله أجيب بأنه خصم باعتبار منازعته في اليد) أقول : قال في النهاية : ألا يرى أنه يمكن من إثبات اليد بدعواه لو لم ينزعه الآخر انتهى . وفيه بحث مخالفته لما صرح به قبيل هذا الكلام (قوله بناء على مسألة أخرى) أقول : هذا ظاهر إلى قوله قال بعض مشايخنا (قال المصنف : فلا تستحق لأحدهما من غير حجة) أقول : لا يخفى عليك أن هذا الكلام في غير محله .

(باب دعوى النسب)

(وإذا باع جارية فجاءت بولد فادّعاها البائع)

(باب دعوى النسب)

لما فرغ من بيان دعوى الأموال شرع في بيان دعوى النسب ، وقدم الأول لأنه أكثر وقوعا فكان أهم ذكره (قال)
 أى القدورى في مختصره (وإذا باع جارية بولد فادّعاها البائع) اعلم أن صاحب العناية قصد بيان ضابطة جنس هذه المسائل
 في ابتداء كلامه فقال أخذنا من غاية البيان : اعلم أن البائع إذا ادعى ولد الجارية المبينة أو المشتري ، فأما إن جاءت به لأقل
 من ستة أشهر من وقت البيع أو لأكثر من سنتين أو لما بين المديتين . وكل وجه على أربعة أوجه : أما إن ادعى البائع وحده أو
 المشتري وحده أو ادّعيها معا أو على التعاقب انتهى . أقول : يرى فيه اختلال من وجهين : الأول أنه قسم ادعاء البائع أو المشتري
 ولد الجارية المبينة إلى ثلاثة أوجه ، وهى : إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع ، أو لأكثر من سنتين ، أو لما بين
 المديتين . وقسم كل وجه منها إلى أربعة أوجه وهى : إن ادعى البائع وحده أو المشتري وحده أو ادّعيها معا ، أو على التعاقب ،
 فيلزم منه أن يكون الشيء قسم قسميه حيث جعل ادعاء البائع أو المشتري مقسما ثم جعله قسما من كل واحد من أقسامه الأربعة .
 والثاني أن كلمة أو الداخلة على المشتري في قوله إن البائع إذا ادعى ولد الجارية المبينة أو المشتري تأبى دخول ادّعاها معا أو
 على التعاقب في القسم فكيف يجعل هذان الوجهان داخلين في أقسام أقسامه ؟ ويمكن أن يتمحل عن الأول بأن المقسم ادعاء
 البائع أو المشتري مطلقا : أى أهم من ادعاء أحدهما منفردا ومن ادّعاها متصفا إلى الآخر بالمبينة أو التعاقب ، وقسم القسم هو
 ادعاء أحدهما وحده أو ادّعاها معا أو على التعاقب ؛ فيكون قسم القسم أحصن من القسم لاهيته . وعن الثاني بأن تحمل كلمة أو
 المذكورة على منع الخلوة دون منع الجمع . والأولى عندى في بيان الضابطة ما هنا أن يقال : اعلم أن الجارية إذا بيعت فجاءت
 بولد ، فأما إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لأكثر من سنتين أو لما بين المديتين ، وكل وجه من الأوجه الثلاثة

بالنصف الذى في يد صاحبه ، وإن نكل أحدهما قضى عليه بكلها للمحالف نصفها الذى كان في يده ونصفها الذى كان بيد صاحبه
 لنكوله ، وإذا ادّعيها أرضا صحراء أنها بأيديهما : يعنى يدعى كل واحد منهما ذلك وأحدهما لبن فيها أو بنى أو حفر فهى في يده
 لوجود التصرف والاستعمال ، ومن ضرورة ذلك إثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب .

(باب دعوى النسب)

لما فرغ من بيان دعوى الأموال شرع في بيان دعوى النسب لأن الأول أكثر وقوعا فكان أهم ذكره فقدمه . قال (وإذا
 باع جارية فجاءت بولد الخ) اعلم أن البائع إذا ادعى ولد الجارية المبينة أو المشتري ، فأما إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من
 وقت البيع أو لأكثر من سنتين أو لما بين المديتين . وكل وجه على أربعة أوجه : إما أن ادعى البائع وحده ، أو المشتري وحده ،
 أو ادّعيها معا ، أو على التعاقب . فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر وقد ادّعاها البائع وحده فهو ابن البائع وأمه أم ولد له .
 وفى القياس وهو قول زفر والشافعى دعوتها باطلة ، لأن البيع اصراف منه بأنه حيد فكان في دعواه مناقضا فلا تسمع دعواه ،
 كما لو قال كنت أعتقها أو دبرتها قبل أن أبيعها ، وإذا لم تكن الدعوى صحيحة لا يثبت النسب ، إذ لا نسب في الجارية بدون
 الدعوى . ووجه الاستحسان أنا إتقنا باتصال العلوق في ملكه ، وذلك شهادة ظاهرة على كونه منه ، لأن الظاهر عدم إنا فترل

(باب دعوى النسب)

(قوله باتصال العلوق في ملكه) أقول : الظاهر يملكه بدل قوله في ملكه .

فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وأمه أم ولد له (وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله دعوته باطلة لأن البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى . وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لأن الظاهر عدم الزنا . ومبنى النسب على الخفاء فيبقى فيه التناقض ، وإذا صححت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لأن بيع أم الولد لا يجوز (ويرد الثمن) لأنه قبضه بغير حق

على أربعة أوجه ، أما إن ادعى ذلك الولد البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعياه معا أو على التعاقب (فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع) وقد ادعاه البائع وحده كما مر في الكتاب (فهو - أي الولد (ابن البائع وأمه) أي أم الولد (أم ولد له) أي للبائع (وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته) أي دعوة البائع (باطلة لأن البيع اعتراف منه) أي من البائع (بأنه) أي الولد (عبد وكان) أي البائع (في دعواه مناقضا) والتناقض يبطل الدعوى فلا تسمع دعواه ، كما لو قال كنت أعتقها أو دبرتها قبل أن أبيعها (ولا نسب بدون الدعوى) أي ولا يثبت للنسب بدون الدعوى الصحيحة (وجه الاستحسان) أي وجه الاستحسان الذي نعمل به في هذه المسئلة (أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه) يعني أننا نقتنا باتصال العلوق بملك البائع ، وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع (لأن الظاهر عدم الزنا) فنزل ذلك منزلة البينة في إبطال حق الغير عنها وعن ولدها (ومبنى النسب على الخفاء) هذا جواب عن التناقض . ويانه أن الإنسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين أنه منه (فيبقى فيه التناقض) أي لا يمنع صحة الدعوى ، كما أن الزوج إذا أكلب نفسه بعد قضاء المقاضى بنى النسب بالعمان يثبت منه النسب ويبطل حكم الحاكم ولا ينظر إلى التناقض لمكان الخفاء في أمر العلوق ، وصار كالمكاتب إذا أقام البينة أن مولاه كان أهقه قبل الكتابة فإنه تقبل بيته ويبطل الكتابة ، ولا يعتبر التناقض لخفاء الإعتاق حيث يفرد المولى به ، وكالحتملة إذا أقامت البينة أن الزوج كان طلقها ثلاثا قبل الخلع فإن بيته تقبل مع التناقض لخفاء الطلاق حيث يفرد الزوج به ، بخلاف دعوى البائع الإعتاق أو التدبير بعد البيع ، فإن كل واحد من الإعتاق والتدبير فعل نفسه ولا يخفى عليه ، كذا حقوقا (وإذا صححت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده ففسخ البيع لأن بيع أم الولد لا يجوز ، ويرد الثمن) أي إن كان منفردا (لأنه قبضه بغير حق) فإن سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع ، كذا في الكافي ، وإن ادعاه المشتري وحده صححت دعوته ولت النسب منه لأن دعوته دعوة تحرير والمشتري يصبح منه التحرير ، فكلما دعوته لحاجة الولد إلى النسب وإلى الحرية ، وتثبت لها أمية الولد بإقراره ، ثم لا يصح من البائع دعوته لأن الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري ، كذا في العناية وغيرها . أقول : لقال أن يقول : صحة التحرير من المشتري ظاهرة ، لأن إلجاءه بموكلته في الحال فيملك إعتاقها وإعتاق ولدها كما صرح به في النهاية وغيرها . وأما صحة دعوته لحاجة الولد إلى النسب فمشكلة بما مر في وجه الاستحسان من أننا نقتنا باتصال العلوق بملك البائع ، وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع ، فإن مجرد حاجة الولد إلى النسب كيف يفيد ثبوت النسب من المشتري عند تحقق الشهادة الظاهرة على خلاف ذلك . ويمكن أن يجاب بأن يثبتنا باتصال العلوق بملك البائع إنما يكون شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع إذا ادعاه البائع . وأما إذا لم يدعه البائع فلا يجوز أن يكون الولد من غيره

ذلك منزلة البينة في إبطال حق الغير عنها وعن ولدها (قوله ومبنى النسب على الخفاء) جواب عن التناقض ، وذلك لأن الإنسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين له أنه منه فيبقى فيه التناقض ، ولا كذلك الحق والتدبير ، وصار كالمراة إذا أقامت البينة بعد الخلع على أن الزوج كان طلقها ثلاثا ، وإذا صححت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده وذلك غير جائز فيفسخ البيع ويرد الثمن إن كان منفردا لأنه قبضه بغير حق . وإن ادعاه المشتري وحده صححت دعوته ، لأن دعوته

(قوله بكون العلوق منه) أقول : الباء زائدة (قوله ولا كذلك الحق والتدبير) أقول : لأن فعل نفسه ولا يخفى عليه فلا يملز (قوله وصار كالمراة إذا أقامت البينة) أقول : فإن يثبتها تقبل مع التناقض في الدعوى لخفاء عليها لأن الزوج يفرد بالباطل .

(وإن ادعاه المشتري مع دعوة البائع أو بعده فدعوة البائع أولى) لأنها أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاء (وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع) لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه نيقنا وهو الشاهد والحجة (إلا إذا صدقه المشتري) فثبت النسب ويحمل على الاستيلاء بالنكاح ، ولا يبطل البيع لأننا نيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه ، وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله.

بالنكاح ، فإذا ادعاه المشتري وحده يحمل على كونه منه بالنكاح . قبل الاشتراء لحاجة الولد إلى النسب فصارت علة صحة دعوة المشتري ولبوت النسب منه في هذه الصورة حاجة الولد إلى النسب مع إمكان كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء ، ويؤيد هذا ما ذكره صدر الشريعة في شرح الوفاة حيث قال : لو ادعى المشتري قبل دعوة البائع يثبت النسب من المشتري ويحمل على أن المشتري نكحها واستولعها ثم اشتراها انتهى . (وإن ادعاه المشتري مع دعوة البائع أو بعده) أي بعد دعوة البائع ذكر الضمير بتأويل الادعاء (لدعوة البائع أولى لأنها أسبق) أما إذا كانت قبل دعوة المشتري فالأمر ظاهر ، وأما إذا كانت بعد دعوة المشتري فلما أشار إليه بقوله (لاستنادها إلى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاء) يعني أن دعوة البائع مستندة إلى وقت العلوق لأنها دعوة استيلاء ، ودعوة المشتري مقصورة على الحال لأنها دعوة تحرير فكانت دعوة البائع سابقة معنى فكانت أولى ، ثم إنه ضمن قوله وهذه دعوة استيلاء الجواب عن دخل مقدر تقديره كيف تصح دعوة البائع وهو غير مالك في الحال . وجه الجواب أن دعوتهم دعوة استيلاء وهي لا تنظر إلى قيام الملك في الحال لأنها تستند إلى زمان الملك ، بخلاف دعوة التحرير على ما سيجيء (وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع) لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه نيقنا وهو الشاهد والحجة) يعني أن الشاهد على كون الولد منه إنما هو اتصال العلوق بملكه نيقنا ولم يوجد ذلك ههنا فلم تصح دعوتهم (إلا إذا صدقه المشتري فثبت النسب ويحمل على الاستيلاء بالنكاح) حلا لأمره على الصلاح ، وقول المشتري على الصدق (ولا يبطل البيع لأنها نيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق) أي للولد (ولا حقه) أي ولا يثبت حق العتق وهو أمومية الولد للأُم فبقى الولد عبداً للمشتري ولا يصير الأم أم ولد للبائع كما إذا ادعاه أجنبي آخر ، كذا في الكافي وغيره (وهذه) أي دعوة البائع ههنا دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله) أي ليس من أهل التحرير والبائع ليس بمالك فلا تصح دعوة التحرير منه.

دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير ، فكذا دعوتهم لحاجة الولد إلى النسب وإلى الحرية ، وتثبت لها أمية الولد بإقراره ، ثم لا يصح من البائع دعوتهم لأن الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري ، وإن ادعاه معا يثبت نسبه من البائع ههنا لأن دعوتهم أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق حيث كان في ملكه ودعوى المشتري دعوى تحرير ، فإن أصل العلوق لم يكن في ملكه . ولا تعارض بين دعوى التحرير ودعوى الاستيلاء لاقتصار الأولى على الحال دون الثانية فكان البائع أولى (قوله وهذه دعوة استيلاء) جواب دخل تحريره كيف تصح الدعوة والمالك معلوم ؟ وجهه أنها دعوة استيلاء وهي لا تنظر إلى قيام الملك في الحال لأنه يستند إلى زمان الملك ، بخلاف دعوة التحرير على ما سيجيء ، وكذلك إن ادعى المشتري بعد البائع لاستغناء الولد حينئذ عن النسب (وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع ، فلما أن يصدقه المشتري أولاً ، فإن كان الثاني فلا تصح دعوة البائع) لأن الشاهد على كون الولد منه اتصال العلوق بملكه ولم يوجد نيقنا ، وإن كان الأول يثبت النسب ويحمل على الاستيلاء بالنكاح حلا لأمره على الصلاح ، ولا يبطل البيع لأنها نيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا تثبت حقيقة العتق في حق الولد ولا حقه في الأم فلا يصير أم ولد ، وإذا لم تصر أم ولد بقيت الدعوة في الولد دعوة تحرير ، وغير

(قوله ولا تعارض بين دعوة التحرير ودعوة الاستيلاء) أقول : بين دعوة الاستيلاء أقوى لبسها فلا يمارسها دعوة التحرير ، إذ لا مواءمة في القوة (قوله وإذا لم تصر أم ولد بقى الثلث) أقول : شرح لا يطابق المشروح كما لا يخفى على المتأمل .

(وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه إلا أن يصدقه المشتري) لأنه احتمال أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه ، وإذا صدقه ثبت النسب ويطل البيع والولد حرّ والأم أم ولد له كما في المسئلة الأولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك ؛

اعلم أن الدعوة نوعان : دعوة استيلاء ودعوة تحرير ؛ فدعوة الاستيلاء هي أن يكون علوق المدعى في ملك المدعي وهذه الدعوى تستند إلى وقت العلوق وتتضمن الإقرار بالوطء فيتين أنه علق حرّاً ، ودعوة التحرير أن يكون علوق المدعى في غير ملك المدعي وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الإقرار بالوطء لعدم تصور الاستيلاء لعدم الملك وقت العلوق ، كذا في البدائع . وإن ادعاه المشتري وحده في هذا الوجه صحت دعوته ، وإن ادعياء معا أو متعاقبا صح دعوة المشتري دون البائع لأنه كالأجنبي ، كذا في العناية وغيرها (وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه) أي في هذا الوجه (إلا أن يصدقه المشتري لأنه احتمال أن لا يكون العلوق في ملكه) أي في ملك البائع (فلم توجد الحجة) وهي اتصال العلوق بملكه ثقتنا (فلا بد من تصديقه) أي من تصديق المشتري إياه (وإذا صدقه ثبت النسب ويطل البيع والولد حرّ ، والأم أم ولد له كما في المسئلة الأولى) وهي إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع (لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك) وإن ادعاه المشتري وحده في هذا الوجه صح دعوته لأن دعوته صحيحة حالة الانفرد أيا لم يفضل العلوق في ملكه فقها بمحملة أولى ، ويكون دعوته دعوة استيلاء حتى يكون الولد حرّاً لأصل ولا يكون له ولاء على الولد لأن العلوق في ملكه يمكن ، وإن ادعياء معا أو متعاقبا فالمشتري أولى لأن البائع في هذه الحالة كالأجنبي ، وهذا الذي ذكر كله إذا كانت مدة الولادة بعد البيع معلومة . أما إذا لم يعلم أنها جاءت بالولد لأقل من أقل مدة الحمل أو لأكثر من أكثرها أو لما بينهما فالمسئلة على أربعة أوجه أيضا : فإن ادعاه البائع وحده لاتصح دعوته إلا أن يصدقه المشتري لعدم ثبوت العلوق في ملكه ، وإن ادعاه المشتري وحده صح دعوته لأن أكثر ما في الباب كون العلوق في ملك البائع بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر ، ولكن هذا لا يمنع دعوة المشتري . وإن ادعياء معا لم تصح دعوة واحد منهما ويكون الولد عبدا للمشتري ، لأنها إن جاءت به لأقل المدة كان النسب للبائع ، وإن جاءت به لأكثر من أقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت . وإن ادعياء متعاقبا فإن سبق المشتري صحت دعوته ، وإن سبق البائع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما ، كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده ، وكذا في العناية . قال في الكافي : ولو تنازعا فالبيئة للمشتري ، أي إذا باع أمة فولدت عند المشتري فقال البائع بمنك منذ شهر والولد مني وقال المشتري بمنك مني لأكثر من ستة أشهر والولد ليس منك فالقول للمشتري بالاتفاق ، لأن البائع يدعي انتفاض البيع والمشتري ينكر ، فإن أقاما البيئة فالبيئة للمشتري أيضا عند أبي يوسف لأنه أثبت زيادة مدة في الشراء ، وعند محمد البيئة للبائع لأنه ثبت نسب

المسئلة ليس من علمه والبائع ليس بملك ، وإن ادعاه المشتري وحده صح دعوته ، وإن ادعياء معا أو متعاقبا صح دعوة المشتري لأن البائع كالأجنبي ، وإن جاءت به بين المدينين فإما أن يصدقه المشتري أو لا ، فإن لم يصدقه لم تقبل دعوة البائع فيه لاحتمال أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة ، وإن صدقه المشتري يثبت النسب ويطل البيع والولد حرّ والأم أم ولد كما في المسئلة الأولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك ، وإن ادعاه المشتري وحده صح دعوته لأن دعوته صحيحة حالة الانفرد أيا لم يفضل العلوق في ملكه فقها بمحملة أولى ، وتكون دعوته دعوة استيلاء حتى يكون الولد حرّاً لأصل ، ولا يكون له ولاء على الولد لأن العلوق في ملكه يمكن ، وإن ادعياء معا أو متعاقبا فالمشتري أولى لأن البائع في هذه الحالة كالأجنبي ، هذا إذا كانت المدة معلومة ، أما إذا لم يعلم بأنها ولدت بعد البيع لأقل من أقل مدة الحمل أو لأكثر من أكثرها أو لما بينهما فالمسئلة على أربعة أوجه أيضا ، فدعوة البائع وحده لاتصح بخير تصديق المشتري لعدم ثبوت العلوق في ملكه ، ودعوة المشتري وحده صحيحة . واحتمال كون العلوق في ملك البائع ، إن جاءت به لأقل المدة لا يمنع دعوة المشتري ، وإن ادعياء معا لم تصح دعوة واحد منهما

(فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاء في الأم) لأنها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه استيلاء الأم (وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذها البائع) لأن الولد هو الأصل في النسب فلا يضره فوات التبع ، وإنما كان الولد أصلاً لأنها تضاف إليه يقال أم الولد ، وتستفيد الحرية من جهة لقوله عليه الصلاة والسلام وأعتقها ولدها ، والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والأدنى يتبع الأعلى (ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة . وقالوا : يرد حصّة الولد ولا يرد حصّة الأم) لأنه تبين أنه باع أم ولده ،

الولد واستيلاء الأمة وانقراض البيع فكان أكثر إثباتا انتهى (فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر) أي والحال أنها جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر (لم يثبت الاستيلاء في الأم) هذا لفظ القدوري في مختصره . قال المصنف في تعليقه (لأنها) أي لأن الأم (تابعة للولد) أي في هذا الباب على ما سيجيء بيانه (ولم يثبت نسبه) أي نسب الولد (بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك) أي لعدم حاجة الولد إلى النسب بعد الموت (فلا يتبعه استيلاء الأم) لعدم تصور ثبوت الحكم في التبع بدون ثبوته في المبيع (وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذها البائع هذا أيضا القدوري في مختصره . قال المصنف في تعليقه (لأن الولد هو الأصل في النسب فلا يضره فوات التبع) يعني أن الولد لما كان هو الأصل كان المعتمد بقاءه لحاجته إلى ثبوت النسب ، ولا يضره فوات التبع لأن تعذر الفرع لا يبطل الأصل ، بخلاف العكس (وإنما كان الولد أصلاً لأنها) أي لأن الأم (تضاف إليه) أي إلى الولد حيث (يقال أم الولد) والإضافة إلى الشيء أمانة أصالة المنضاف إليه (وتستفيد الحرية من جهة) عطف على تضاف إليه : أي وتستفيد الأم الحرية من جهة الولد (لقوله عليه الصلاة والسلام وأعتقها ولدها) قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية إبراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا تعتقها ؟ (والثابت لها) أي ولأن الثابت للأم (حق الحرية) وهو أومية الولد (وله) أي والثابت للولد (حقيقتها) أي حقيقة الحرية (والأدنى يتبع الأعلى) دائماً دون العكس ، فجاء الحرية الذي هو الأدنى يتبع حقيقة الحرية التي هي الأعلى دون العكس (ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة ، وقالوا : يرد حصّة الولد ولا يرد حصّة الأم) وهذا من تمام لفظ القدوري الذي ذكر فيها مرّاً ثانياً . قال المصنف (لأنه تبين أنه باع أم ولده) أي تبين بثبوت نسب الولد من البائع أنه باع أم ولده ويبيعها باطل

وكان الولد عبداً للمشتري ، لأنها إن جاءت به لأقل المدة كان النسب للبائع ، وإن جاءت به لأكثر من أقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت به . فإن قيل : في جانب المشتري يثبت في وجهين وفي جانب البائع في وجه واحد فكان المشتري أولى . قلنا : هذا ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معتبراً . وإن ادعى أحدنا متاعاً فإن سبق المشتري صحته دعوته وإن سبق البائع لم تصبح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما . قال (فإن مات الولد فادعاه البائع الخ) الأصل في هذه أنه إذا حدث في الولد مالا يلحقه القسح يمنع فسح الملك فيه بالدعوة وينتج ثبوت النسب ، وعلى هذا إن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاء في الأم لأنها تابعة للولد ، ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه استيلاء الأم (وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت نسب الولد وأخذها البائع) لأنها تضاف إليه حيث يقال أم الولد واستفادتها الحرية من جهة لقوله صلى الله عليه وسلم وأعتقها ولدها ، قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية إبراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا تعتقها ؟ ولأن الثابت لها حق الحرية وله حقيقتها ، والأدنى يتبع الأعلى ، وإذا لم يكن في الأصل ما يمنع الدعوة لم يضر فوات التبع ، ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة ، وقالوا : يرد حصّة الولد ولا يرد حصّة الأم ، وهذا بناء على أن ماليتها أم الولد غير مقومة عنده في العقد والغصب

(قوله لأنه أصل لإضافتها إليه الخ) أقول : للديان الأعيران يدلان على الأصالة في النسب بل في الحق .

وماليتها غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري، وعندهما متقومة فيضمنها. وفي الجامع الصغير: وإذا حملت البحارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه يرد عليه بمحضته من الثمن، ولو كان المشتري إنما أعتق الولد فدعواه باطلة. ووجه الفرق أن الأصل في هذا الباب الولد والأم تابعة له على مامر. وفي الفصل الأول قام المانع من الدعوة والاستيلاء وهو العتق في التبع وهو الأم فلا يمنع ثبوته في الأصل وهو الولد،

(وماليتها) أي ولكن مالية أم الولد (غير متقومة عنده) أي عند أبي حنيفة (في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رجهما الله (متقومة فيضمنها) أي فيضمنها المشتري، فإذا رد الولد دونها فيجب على البائع رد حصة ما سلم له وهو الولد كي لا يجتمع البذل والمبدل، ولا يجب عليه رد حصة ما لم يسلم له وهي الأم. قال الإمام الزبلي في التبيين بعد ما بين المقام بهذا المتوال: هكذا ذكرنا الحكم في قولهما، وكان ينبغي أن يرد البائع جميع الثمن عندهما أيضا لم يرجع بقيمة الأم، لأنه لما ثبت نسب الولد منه تبين أنه باع أم ولده ويبيع أم الولد غير صحيح بالإجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لأجزاء المبيع منه حصة، بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه إن كان باقيا وإلا فيلزم انتهى فتأمل (وفي الجامع الصغير) ذكر رواية الجامع الصغير إعلاما بأن حكم الإعتاق فيما نحن فيه حكم الموت (وإذا حملت البحارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه) أي فالولد ابن البائع (ي رد عليه بمحضته من الثمن) أي يرد على البائع بمحضه الولد من الثمن الذي كان تقدمه البائع فيقسم الثمن على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم الولادة، فما أصاب الأم يلزم المشتري، وما أصاب الولد سقط عنه، ولا تصير البحارية أم ولد للبائع لأنه ثبت فيها للمشتري ما لا يحتمل الإبطال وهو الولد، كذا في الشروح وسائر المعثورات (ولو كان المشتري إنما أعتق الولد فدعوه) أي دعوة البائع (باطلة) أي إذا لم يصدقه المشتري في دعواه، كذا في الشروح (ووجه الفرق) إنما ذكره استظهارا، إذ قد كان معلوما من مسألة الموت (أن الأصل في هذا الباب الولد) قال صاحب التباية: أي الأصل في باب ثبوت حق العتق للأم بطريق الاستيلاء وهو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب، وقد اتفق أثره في هذا التفسير صاحب معراج الدراية وصاحب العناية. أقول: لا يفتى ما فيه من الركاسة من جهة اللفظ والمعنى، فالأوجه في التفسير أن يقال: أي الأصل في باب الدعوة والاستيلاء هو الولد (والأم تابعة له على مامر) في مسألة الموت آتفا (وفي الفصل الأول) وهو ما إذا ادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم، وفي بعض النسخ: وفي الوجه الأول (قام المانع من الدعوة والاستيلاء وهو) أي المانع منهما (العتق في التبع وهو الأم فلا يمنع ثبوته) أي ثبوت ما ذكره من الدعوة والاستيلاء (في الأصل وهو الولد) لأن امتناع الحكم في التبع لا يوجب

فلا يضمنها المشتري، وعندهما متقومة فيضمنها. وذكر المصنف رواية الجامع الصغير إعلاما بأن حكم الإعتاق فيما نحن فيه حكم الموت، فإذا أعتق المشتري الأم وادعى البائع الولد فهو ابنه يرد عليه بمحضته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الأم، فما أصاب الأم يلزم المشتري، وما أصاب الولد سقط عنه عندهما. وعند يرد عليه بكل الثمن كما سنده، ولو كان المشتري أعتق الولد فدعوه باطلة إذا لم يصدقه المشتري في دعواه، وذكر الفرق استظهارا فإنه كان معلوما من مسألة الموت (والأصل في هذا الباب) أنه به ثبوت حق العتق للأم بطريق الاستيلاء هو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب (والأم تابعة له) في ذلك كما مر (وفي الفصل الأول) يعني فيما إذا أعتق المشتري الأم (قام المانع وهو العتق من الدعوة والاستيلاء في التبع وهو الأم فلا يمنع ثبوته في الأصل وهو الولد) فإن قيل: إذا لم يمنع الدعوة من الولد ثبت العتق فيه والنسب لكون العلوق

(قوله في هذا الباب: أنه به التبع) أقول: لا يظهر أن يقال: يعني به باب الدعوة والاستيلاء هو الولد الباع، فإن الولد هو المقصود من الدعوة كما لا يفتى على المتأمل (قوله هو ثبوت التبع) أقول: قوله هو راجع إلى الأصل.

وليس من ضروراته ، كما في ولد المغرور فإنه حرّ وأمه أمة لمولاه ، وكما في المستولدة بالنكاح . وفي الفصل الثاني
قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع ، وإنما كان الإحتاق مانعا

امتناعه في الأصل . فإن قيل : إذا لم يمتنع ثبوت الدعوة والاستيلاء للبائع في الولد ثبت نسب الولد من البائع لكون العلوق
في ملكه يقيّن ، لأن الكلام فيها إذا حبلت الجارية في ملك البائع ، ومن حكم ثبوت نسب الولد صيرورة أمه أم ولد للبائع فينبغي
أن يطل البيع وإعتاق المشتري . أجاب بقوله (وليس من ضروراته) أي وليس ثبوت الاستيلاء في حق الأم من ضرورات
ثبوت نسب الولد وحرية : يعني أن ذلك وإن كان من أحكامه إلا أنه ليس من ضروراته بحيث لا ينفصل عنه بلوازا انفكاكه
عنه (كما في ولد المغرور) وهو ولد من يطاء امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فظله منه ثم تمتنع ، كذا ذكره المصنف فيها
سيجيء في آخر هذا الباب (فإنه) أي ولد المغرور (حرّ) أي حر الأصل ثابت النسب من المستولد (وأمه أمة لمولاه) فلا
تصير أم ولد للمستولد بل تكون رقيقة حتى تباع في السوق (وكما في المستولدة بالنكاح) يعني إذا تزوج جارية الغير فولدت له
يثبت نسب الولد ولا تثبت أمة الولد ، كذا في غاية البيان ، ويطابقه ما ذكره صاحب الكافي حيث قال : وكما في المستولدة
بالنكاح فإنه إذا استولد أمة الغير بنكاح يثبت نسبه ولا تصير الأمة أم ولده انتهى . وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال :
كن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه ، ولا تصير الجارية أم ولد له لنحال إلا أن يملكها بوجه من الوجوه اهـ .
قال صاحب النهاية والعناية في شرح قول المصنف : وكما في المستولدة بالنكاح بأن تزوج امرأة على أنها حرة فولدت فإذا هي أمة
انتهى . أقول : هذا المعنى هاهنا غير صحيح ، لأن الصورة التي ذكرها قسم من قسمي ولد المغرور كما سيظهر مما ذكره
المصنف في آخر هذا الباب ونهت عليه فيما مرّ آفا ، فلا وجه لأن يذكرها المصنف في مقابلة ولد المغرور كما لا يخفى . فإن
قلت : إن صاحبي النهاية والعناية فسروا ولد المغرور في قول المصنف كما في ولد المغرور بقوله وهو ما إذا اشترى رجل أمة من
رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها ثم استحققت انتهى . فحيث يكون المراد بولد المغرور في كلام المصنف أحد قسميه ، وهو
ما حصل بالإعتاد على ملك العيين ، وبالمذكور في مقابله قسمه الآخر وهو ما حصل بالإعتاد على ملك النكاح فلا محذور .
قلت : فذلك التفسير منهما قصير آخر ، فإنه مع كونه تقييدا للكلام المطلق بلا مقتضى له مؤد إلى تقليل الأمثلة في مقام يطلب
فيه التكميل فلا يندفع به المحذور بل يتأكد (وفي الفصل الثاني) وهو ما إذا أعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع (قام المانع
بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته) أي ثبوت ما ذكر من الدعوة والاستيلاء (فيه) أي في الأصل (وفي التبع) لأن امتناع
الحكم في الأصل يوجب امتناعه في التبع أيضا (وإنما كان الإحتاق مانعا) . قال مقدم الشراح : أي وإنما كان إحتاق

في ملكه يقيّن ، لأن الكلام فيها إذا حبلت الجارية في ملك البائع ، ومن حكم ثبوت النسب للولد صيرورة أمه أم ولد للبائع
فكان ينبغي أن يطل البيع وإعتاق المشتري . أجاب بقوله (وليس من ضروراته) أي ليس ثبوت الاستيلاء في حق الأم من
ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه (كما في ولد المغرور) وهو ما إذا اشترى الرجل أمة من رجل يزعم أنها
ملكه فاستولدها فاستحققت فإنه يمتنع بالقائمة وهو ثابت النسب من أبيه وليس أمه أم ولد لأبيه (وكما في المستولدة بالنكاح)
بأن تزوج امرأة على أنها حرة فولدت فإذا هي أمة (وفي الفصل الثاني) وهو ما إذا أعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع أنه ولده
(قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته) أي ثبوت ما ذكرنا وهو الدعوة والاستيلاء (فيه وفي التبع) وقوله (وإنما كان
الإحتاق مانعا) بيان لمناخنة عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع ، ومعناه أن الإحتاق من المشتري كمنع استطلاق النسب
في الولد وحق الاستيلاء في الأم في أن كل واحد منهما لا يحتمل التقتض فليس لقول أحدهما على فضل الآخر ترجيح من هذا

(قوله أي ليس ثبوت الاستيلاء في حق الأم من ضرورات ثبوت العتق) أقول : وإن كان من أحكامه (قوله وكما في المستولدة بالنكاح بأن
تزوج الخ) أقول : فيه أن هذا على ما ذكره من قبل ولد المغرور كما مضى في آخر الفصل فلا وجه للمقابلة ، والظاهر أن حرية الزك لا تسمى
إليها الحاجة ، وذكرها في المثال الأول استطرافا لطيفاً .

لأنه لا يَحتمل النقض كحق استلحاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه .

المشترى الولد مانعا لدعوة البائع إياه . وقال صاحب العناية أخذا منهم : قوله وإنما كان الإعتاق مانعا بيان لمناعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع انتهى . أقول : بل هذا بيان لمناعية عتق الأم عن ثبوت الاستيلاد في حقها بدعوة البائع ، ولمناعية عتق الولد عن ثبوت النسب في حقها بدعوة البائع أيضا ، والمعنى : إنما كان إعتاق المشتري الأم والولد مانعا من دعوة الاستيلاد وأما دعوة النسب فيشمل الفصلين معه ، كما يناشئ عليه عبارات المصنف في أثناء البيان على ما ترى . وفيها ذهب إليه الشراح تخصيص البيان بالفصل الثاني وهو تقصير في حق المقام وشرح الكلام (لأنه) أي لأن الإعتاق (لا يَحتمل النقض كحق استلحاق الولد وحق الاستيلاد) يعني أن الإعتاق من المشتري كحق استلحاق النسب من البائع في الولد وحق الاستيلاد من البائع في الأم في أن كل واحد منهما لا يَحتمل النقض (فاستويا) أي استوى إعتاق المشتري وحق البائع استلحاقا واستيلادا (من هذا الوجه) أي من حيث أنهما لا يَحتملان النقض فليس لفصل أحدهما ترجيح على فضل الآخر من هذا الوجه . قال صاحب العناية : ورد " بما إذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر فأعتق المشتري أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيها جميعا حتى يطل عتق المشتري وذلك نقض للعتق كما ترى . وأجيب بأن التوأمين في حكم ولد واحد ، فمن ضرورة ثبوت نسب واحد منهما والحكم بصيرورته حر الأصل ثبت النسب للآخر . ولقاتل أن يقول : إذا كان كذلك وقد ثبت العتق في أحدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في أحدهما ثبوته في الآخر وإلا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والقرض خلافه . ويمكن أن يجاب عنه بأنه إن ثبت العتق في الآخر لزمه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد انتهى .

أقول : السؤال الأول وجوابه بما ذكره بعض الشراح أيضا ولهما وجه وجيه . وأما السؤال الثاني وجوابه فن غترهاته وليس بشيء . أما السؤال فلأن مراد المذهب عن السؤال الأول أن التوأمين في حكم ولد واحد في باب النسب بناء على أن مدار النسب على التلوق وعلوقهما واحد لكنهما من ماء واحد ، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر ، وليس مراده أنهما في حكم ولد واحد في جميع الأحوال حتى يتوجه السؤال ، كيف ومدار العتق على الرقية ، ولا شك أن رقبتهما متغايرتان فما يرتب على إحداهما لا يلزم أن يرتب على الأخرى كما لا يخفى . وأما الجواب فلأنه إن أراد أنه إن ثبت العتق في الآخر لزم الآخر ضمان قيمته ، كما إذا أعتق المولى بعض عبده على قول أبي حنيفة حيث يلزم العبد عنده ضمان قيمة بعضه الآخر : أي السعاية في بقية قيمته لمولاه فلا تسلم أن في ذلك ضررا زائدا ، إذ الضمان في مقابلة العتق لا يعد ضررا أصلا ، ولو سلم ذلك فيعارض

الوجه . ورد " بما إذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر فأعتق المشتري أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيها جميعا حتى يطل عتق المشتري ، وذلك نقض للعتق كما ترى . وأجيب بأن التوأمين في حكم ولد واحد ، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما والحكم بصيرورته حر الأصل ثبت النسب للآخر . ولقاتل أن يقول : إذا كان كذلك وقد ثبت العتق في أحدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في أحدهما ثبوته في الآخر وإلا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والقرض خلافه . ويمكن أن يجاب عنه بأنه إن ثبت العتق في الآخر لزمه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد ، فإن عورض بأن البائع إذا ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سميا في نقض ما تم من جهته . أجيب بأنه غير مقصود فلا محتبر به

(قوله وأجيب بأن التوأمين ، إلى قوله : ثبوت النسب للآخر) أقول : يعني أن مرادنا من قولنا العتق لا يَحتمل النقض أنه لا يَحتمل قصدا وفيما ذكرتم النقض ضمنى الاقصى ، وكمن من شيء لا يثبت قصدا ويثبت ضمنا (قوله ولقاتل أن يقول إذا كان كذلك الباع) أقول : أشار بقوله كذلك إلى قوله بأن التوأمين في حكم ولد واحد (قوله فمن ضرورة ثبوت العتق للع) أقول : يعني يجب أن يكون كذلك وإلا لزم الباع (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأنه إن ثبت العتق في الآخر لزمه الآخر) أقول : أي لزم المشتري ضمان قيمة الولد الآخر فيها إذا باع أحد التوأمين ثم ادعى البائع الذي في يده وقد أعتق المشتري ما اشتراه (قوله وفي ذلك ضرر زائد) أقول : ولذلك لم يَحتمل من ضروراته استحصانا ، وإلا كان القياس ذلك فيه أيضا فليأتل ، ثم قوله ضرر زائد معناه المشتري (قوله فإن عورض) أقول : يعني هذا الجواب (قوله بأنه غير مقصود) أقول : بل ضمنى ، ثم إن التسليم في قوله بأنه راجع إلى السعي في قوله كان ذلك سميا الباع .

ثم الثابت من المشتري حقيقة الإعتاق والثابت في الأم حق الحرية ، وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة ،

بالنسب أيضا قطعاً ، فإنه إذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان قيمته : أي رد حصته من الثمن على المشتري فيلزم أن يتحقق هناك أيضا ضرر زائد . وإن أراد أنه إن ثبت العتق في الآخر لزم المشتري ضمان قيمته : أي إلتلاف قيمته فيعارض بالنسب أيضا قطعاً ، فإنه إذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان حصته من الثمن كما يلزم المشتري على تقدير ثبوت العتق في الآخر ضمان قيمته فيلزم أن يتحقق هناك أيضا ضرر زائد فلا يتصور الترجيح في صورة التوأمين أيضا والقرض خلافه . ثم أقول : بدل السؤال الثاني وجوابه : ولقائل أن يقول : إذا كان الحكم في التوأمين كذلك كان عتق المشتري مما يحتمل النقص وهو المطلوب والقرض خلافه . ويمكن أن يجاب عنه بأن مرادنا من قولنا العتق لا يحتمل النقص أنه لا يحتمل قصداً واللازم في مسألة التوأمين احتماله النقص ضمناً ، وكمن من شيء لا يثبت قصداً ويثبت ضمناً ، وسيجيء في الكتاب هذا الفرق بين المستثنين . ثم إن صاحب العناية قال بعد ما سبق من سؤالي الثاني وجوابه : فإن عورض بأن البائع إذا ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سعيًا في نقض ما تم من جهته . أجيب بأنه غير مقصود فلا معتبر به انتهى . أقول : فيعارض بأن الضرر الذي يلزم على تقدير ثبوت العتق في الآخر غير مقصود أيضا فلا معتبر به أيضا فلا يخلو الجواب عن معارضة ما (ثم الثابت من المشتري حقيقة الإعتاق) يريد بيان رجحان ما في جانب المشتري بأن الثابت من المشتري حقيقة الإعتاق (والثابت في الأم حق الحرية ، وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة) لأن الحقيقة أقوى من الحق . قال صاحب العناية : وتوقض بالمالك القديم مع المشتري من العلو ، فإن المالك القديم يأخذه بالقيمة وإن كان له حق الملك والمشتري حقيقته . وأجيب بأنه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما ، وفيه نظر لأن الفرض أن الحقيقة أولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجع والمرجوح . ويمكن أن يجاب عنه بأن هذه الحقيقة فيها شبهة لأن ميناها على تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا بدارهم وهو مجتهد فيه فاحتطت عن درجة الحقائق ، قلنا : يأخذه بالقيمة جمعا بينهما انتهى . أقول : النقص مع جوابه مما ذكره الشارح تاج الشريعة ولهما وجه صحيح . وأما النظر مع جوابه فن عند نفسه وليس بصحيحين ، أما النظر فلأننا لانسلم أن مجرد الجمع بينهما تسوية بين الراجع والمرجوح ، ألا يرى أنا نجتمع بين القرائض والواجبات والمستحبات في العمل مع تقرر بقاء رجحان البعض على البعض بماله . ولما يظهر أثر الرجحان عند تعارض الراجع والمرجوح بأن لا يمكن العمل بهما والجمع بينهما كما لا يخفى . وأما الجواب فلأن المجتهد بخلافنا في مسألة تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا بدارهم هو الشافعي وهو متأخر الزمان عن اجتهدنا فكيف يوقع اجتهداه شبهة فيما اجتهدوا فيه حتى تنحط بها هذه الحقيقة من درجة الحقائق عند

(قوله ثم الثابت) بيان ترجيح الإعتاق على الاستلحاق ، فإن الثابت (من المشتري حقيقة الإعتاق والثابت) للبائع (في الولد حق الدعوة وفي الأم حق الحرية والحق لا يعارض الحقيقة) وتوقض بالمالك القديم مع المشتري من العلو فإن المالك القديم يأخذه بالقيمة وإن كان له حق الملك والمشتري حقيقته . وأجيب بأنه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما ، وفيه نظر لأن الفرض أن الحقيقة أولى ، فالجمع بينهما تسوية بين الراجع والمرجوح . ويمكن أن يجاب عنه بأن هذه الحقيقة فيها شبهة لأن ميناها على تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا أحرزوا بدارهم ، وهو مجتهد فيه فاحتطت عن درجة الحقائق قلنا يأخذه بالقيمة جمعا بينهما

(قال المصنف : والثابت في الأم حق الحرية وفي الولد الحق) أقول : ورد بما إذا باع جارية حبل فولدت ولدين في بطن واحد لأقل من سنة أشهر فأعتق المشتري أسلما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيها جميعا حتى يطل عتق المشتري وذلك نقض العتق كما يرى . وأجيب بأن التوأمين في حكم ولد واحد ، فن ضرورية ثبوت نسب أسلما في الحكم بصيرورته حرا لأصل ثبوت النسب للاكثر (قوله فالجمع بينهما تسوية بين الراجع والمرجوح) أدت خبر بأنه لا يلزم التسوية مطلقا ، ألا يرى أنه إذا لم يمكن الجمع يمل بالحقية دون الحق وعند ذلك يظهر رجحان الحقيقة على الحق .

والتدبير بمنزلة الإعتاق لأنه لا يحتمل النقص وقد ثبت به بعض آثار الحرية . وقوله في الفصل الأول يرد عليه بخصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت . قال (ومن باع عبداً ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ويطلق البيع) لأن البيع يحتمل النقص ، وماله من حق

أثمتنا فيصح بناء الجواب عليه (والتدبير بمنزلة الإعتاق) أى في الحكم المذكور ، وكذا الاستيلاء بمنزلة في ذلك الحكم على ما صرح به صاحبها النهاية ومعراج الدراية في صدر مستلثنا هذه نقلا عن الإمام الترمذى (لأنه لا يحتمل النقص وقد ثبت به بعض آثار الحرية) وهو علم جواز النقل من ملك إلى ملك (وقوله في الفصل الأول يرد عليه بخصته من الثمن قولهما) يعنى أن ما ذكر في الجامع الصغير من قوله وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه يرد عليه بخصته من الثمن هو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (وعنده) أى عند أبي حنيفة (يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت) قوله هو الصحيح احتراز عما ذكره حمس الأئمة في المبسوط والإمام قاضيان والإمام المحبوبي في الجامع الصغير أنه يرد بما يخص الولد من الثمن لا بكل الثمن عند أبي حنيفة أيضا ، بخلاف فصل الموت . وذكروا الفرق بينهما بأن في الإعتاق كذب القاضي البائع فيما زعم أنها أم ولده حين جعلها معتقة المشتري أو مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة ، وأما في فصل الموت فبموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقى زعمه معتبرا في حقه فرد جميع الثمن . ثم اعلم أن الذي اختاره المصنف وخصه هو ما ذكره حمس الأئمة في الجامع الصغير بناء على أن أم الولد لا قيمة لها ، ولكن قالوا إنه يخالف لرواية الأصول ، وكيف يسترد كل الثمن ، والبيع لم يطل في الجارية ولهذا لم يطل إعتاق المشتري . فإن قيل : ينبغي أن لا يكون للولد حصص من الثمن لحدوده بعد قبض المشتري ولا حصص للولد الحادث بعد القبض . قلنا : الولد إنما يحدث بعد القبض من حيث الصورة ، وأما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض لثبوت علوقه في ملك البائع ولهذا كان البائع سبيل من فسح هذا البيع بالدعوة وإن قبضه المشتري ، وما هو كذلك فله حصص من الثمن إذا استهلكه البائع وقد استهلكه هاتما بالدعوة ، كذا في الشروح (قال) أى عند في الجامع الصغير (ومن باع عبداً ولد عنده) أى كان أصل العلوق في ملكه (وباعه المشتري) أى ثم باعه المشتري (من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه) أى الولد ابن البائع الأول (ويطلق البيع) أى يطلق البيع الأول والثاني (لأن البيع يحتمل النقص وماله) أى وما للبائع (من حق

(والتدبير بمنزلة الإعتاق لأنه لا يحتمل النقص وقد ثبت به بعض آثار الحرية) وهو علم جواز النقل من ملك إلى ملك (وقوله وقوله في الفصل الأول) يريد به أن ما نقل عن الجامع الصغير من قوله وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه يرد عليه بخصته من الثمن هو قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت . وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر حمس الأئمة في المبسوط وقاضيان والمحبوبي أنه يرد بما يخص الولد من الثمن ، بخلاف الموت ، وفرقوا بينهما بأن في الإعتاق كذب القاضي البائع فيما زعم أنها أم ولده حيث جعلها معتقة المشتري أو مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة . وأما في فصل الموت فبموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقى زعمه معتبرا في حقه فريد جميع الثمن ، والذي اختاره المصنف هو ما ذكره حمس الأئمة في الجامع الصغير بناء على أن أم الولد لا قيمة لها وقالوا إنه يخالف لرواية الأصول ، وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يطل في الجارية ولهذا لا يطل إعتاق المشتري ؟ قيل الوجه أن لا يكون للولد حصص من الثمن بملكوته بعد قبض المشتري ولا حصص للولد الحادث بعد القبض . وأجيب بأن ذلك من حيث الصورة ، وأما من حيث المعنى فهو كحادث قبل القبض وما هو كذلك فله حصص من الثمن إذا استهلكه البائع وقد استهلكه هاتما بالدعوة . قال (ومن باع عبداً ولد عنده الخ) والأصل في هذا أنه إذا

(قال المصنف وقوله في الفصل الأول الخ) أقول : قوله وقوله مبتدأ وقوله قولها غيره (قوله وقوله هو الصحيح احتراز على قول من اتفق الخ) أقول : قال في غاية البيان : وهكذا ذكر عند في الجامع الصغير حيث قال فيه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يشتري الجارية فله عنده ولداً وقد كان أصل الحمل عند البائع وأعتق المشتري الأم ثم ادعى البائع للولد قال : هو ابنه ويرد عليه بخصته من الثمن إل هنا لفظ محمد ، وهكذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي والكنزى والطحاوى في مختصرهما ، وكذلك ذكره التبريزي في شرح الجامع الصغير ، وكذلك ذكر حمس الأئمة البيهقي في القائل والكتانية (قوله وكيف يسترد كل الثمن) أقول : قال الإمام الزليبي : بل يرد حصص

الدعوة لا يحتملها فينقض البيع لأجله . وكذا إذا كاتب الولد أو رهنه أو أجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة لأن هذه العوارض تحتمل النقص فينقض ذلك كله وتصح الدعوة ، بخلاف الإعتاق والتدبير على مامر . وبخلاف ما إذا ادعاه المشتري أولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقص فصار كإعتاقه .

الدعوة لا يحتملها (أى لا يحتمل النقص) فينقض البيع لأجله (أى لأجل ما للبائع من حق الدعوة . قال المصنف (وكذا) أى وكبحكم المسئلة السابقة الحكم (إذا كاتب الولد (أى إذا كاتب المشتري الولد (أو رهنه أو أجره أو كاتب الأم) أى كاتب المشتري الأم فيما إذا اشتراها مع ولدها (أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة (أى ثم وجدت دعوة البائع (لأن هذه العوارض تحتمل النقص) كالبيع (فينقض ذلك كله) أى فينقض تلك العوارض كلها ذكر اسم الإشارة والضمير بتأويل ما ذكر (وتصح الدعوة) لكونها بما لا يحتمل النقص . واعلم أن هذه المسائل من مسائل الميسوط ذكرها المصنف تقريباً على مسئلة الإلجام الصغير (بخلاف الإعتاق والتدبير) فلانها لا يحتملان النقص (على مامر) آتفاً بخلاف ما إذا ادعاه (أى الولد) المشتري أولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقص فصار كإعتاقه (أى كإعتاق المشتري . قال صاحب العناية : ولقال أن يقول : الثابت بالإعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فأتى بتساويان . وأما الدعوة من المشتري ومن البائع فيساويان في أن الثابت بهما حق الحرية فإين المرجح . ويمكن أن يجاب عنه بأن التساوى بين الحق والدعوة في عدم أحوال النقص وذلك ثابت البتة ، وترجيح دعوة المشتري على دعوة البائع من حيث أن الولد قد استغنى بالأولى عن نبوت السب في وقت لا مزاحم له فلا حاجة إلى الثانية انتهى . وأورد بعض الفضلاء على قوله في السؤال الثابت بالإعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها بأن قال فيه بحث ، فإن الثابت بها في حق الولد حقيقة الحرية أيضاً بل حرية الأصل كما سيحىء انتهى . أقول : هذا مندفع لأن حقيقة حرية الأصل إنما تثبت بالدعوة للولد ، ومراد صاحب العناية أن الثابت بالدعوة للبائع حقها ، لأن مدار الكلام في جنس مانع فيه من المسائل ، على أن الترجيح هل هو في جانب البائع أو في جانب المشتري ، ولا شك أن الثابت بالدعوة للبائع على كل حال إنما هو الحق زهوى استلحاق النسب في الولد وحق الاستيلاء في الأم على مامر في الكتاب وتقرر ، وقد هرب عنه صاحب العناية هلعنا بحق الحرية لتأديه إلى الحرية ، وكذا الحال بالنظر إلى دعوة المشتري فانظم السؤال

حدث في الولد ما يلحقه الفسخ لا يمنع الدعوة فيه ، وعلى هذا إذا باع عبداً ولد عنه يعنى كان أصل العلق في ملكه ثم باعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ويصل البيع لأحواله النقص ، وما للبائع من حق الدعوة لا يحتملها فينقض لأجله ، وكذا إذا كاتب الولد أو رهنه أو أجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة ، لأن هذه العوارض تحتمل النقص فينقض لأجل ما لا يحتملها ، بخلاف الإعتاق والتدبير لما تقدم ، وبخلاف ما إذا ادعاه المشتري أولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقص فصار كإعتاقه . ولقال أن يقول : الثابت بالإعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فأتى بتساويان . وأما الدعوة من المشتري ومن البائع فتساويان في أن الثابت بهما حق الحرية فإين المرجح . ويمكن أن يجاب عنه بأن التساوى بين الحق والدعوة في عدم أحوال النقص وذلك ثابت البتة ، وترجيح دعوة المشتري على دعوة

الولد فقط بأن يقسم المثنى على قيمتهام يوم القيمة الأم يوم القيمة لأنها دخلت في مهاله بالقبض ، وقيمة الولد يوم الولادة لأنه صار له القيمة بالولادة فيعتبر قيمته عند ذلك انتهى . وفي غاية البيان نقلاً عن مختصر الكرخي وكفاية نضر الأئمة البيهقي أنه يقسم المثنى على قيمة الأم يوم وقع المذموم قيمة الولد يوم ولد (قوله ولقال أن يقول الثابت الخ) أقول : فيه بحث ، فإن الثابت بها في حق الولد حقيقة الحرية أيضاً بل حرية الأصل كما سيحىء آتفاً .

قال (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) لأنهما من ماء واحد ، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر ، وهذا لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثاً لأنه لا جليل لأقل من ستة أشهر . وفي الجامع الصغير : إذا كان في يده غلامان توأمين ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري ، لأنه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه إذ المسئلة مفروضة فيه ثبت به حرية الأصل فيه فثبت نسب الآخر ، وحرية الأصل فيه ضرورة لأنهما توأمين ، فبين أن عتق المشتري وشراؤه لا في حرية الأصل فيبطل .

والجواب وإن كان في تقريره نوع ضيق واضطراب (قال) أي القدوري في مختصره (ومن ادعى نسب أحد التوأمين التوأم اسم للولد إذا كان معه آخر في بطن واحد ، يقال لها توأمين كما يقال لها زوجان ، وقولهما توأم وهما زوج خطأ ، ويقال للأثنى توأمة ، كذا في المغرب . ولكن الإمام فهمس الأئمة السرخسي ذكر في المبسوط أن ذكر التوأم مكان التوأمين صحيح في اللغة ، حتى لو قال غلامان توأم وغلامان توأمين كلاهما صحيح عند أهل اللغة ، كذا في النهاية وغيرها (ثبت نسبهما منه) أي ثبت نسب التوأمين معاً من ادعى نسب أحدهما (لأنهما من ماء واحد ، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر ، وهذا أي كونهما من ماء واحد (لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثاً) أي بعد ولادة الأول (لأنه لا جليل لأقل من ستة أشهر) لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، ولا يتصور علوق الثاني على علوق الأول لأنها إذا جلت بنسب لم الرحم ، كذا في الكافي وغيره ، وكان المصنف لم يتعرض لدفع هذا الاحتمال لكونه أمراً معلوماً في غير هذا الفن (وفي الجامع الصغير) قال في العناية : ذكر رواية الجامع الصغير لاشتغالها على صورة بيع أحدهما ودعوى النسب في الآخر . بعد إعتاق المشتري انتهى . وقال في معراج النارية ، إنما أعاد لفظ الجامع لما فيه زيادة وهي قوله ولدا عنده ، وفيه إشارة إلى كون العلوق في ملك المدي انتهى (إذا كان في يده غلامان توأمين ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري) إن كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الإعتاق وإن كانت بالفتح فلا حاجة إلى التأويل ، كذا في العناية . قال المصنف في التعليل (لأنه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه إذ المسئلة مفروضة فيه) أي في أن يصادف العلوق والدعوة ملكه ، فإن في قوله ولدا عنده إشارة إلى مصادفة العلوق ملكه ، وفي قوله ثم ادعى البائع الذي في يده تصريح بمصادفة الدعوى ملكه (ثبت به حرية الأصل) جواب لما ثبت نسب الولد الذي عنده : أي ثبت حرية الأصل في هذا الولد (فثبت نسب الآخر) أي فثبت نسب الولد الآخر الذي كان باعه وأعتقه المشتري (وحرية الأصل فيه) أي وبثبت حرية الأصل في ذلك الولد أيضاً (ضرورة لأنهما توأمين) وهما من ماء واحد (فبين أن عتق المشتري وشراؤه لا في حر الأصل فيبطل) أي فيبطل كل واحد من عتقه وشراؤه . قال في الكافي : وكان هذا نقض الإعتاق بأمر

البائع من حيث أن الولد قد استغنى بالأولى عن ثبوت النسب في وقت لازم لم له فلا حاجة إلى الثانية (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) وكلامه فيه ظاهر . وذكر رواية الجامع الصغير لاشتغالها على صورة بيع أحدهما ودعوى النسب في الآخر : بعد إعتاق المشتري ، قال فهمس الأئمة السرخسي : يجوز أن يقال غلامان توأم وتوأمين . قوله (وبطل عتق المشتري) إن كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الإعتاق ، وإن كانت بالفتح فلا حاجة إلى التأويل وكلامه ظاهر ، وقد تقدم الكلام

(قوله لاشتغالها على صورة البيع) أقول : ولاشتغالها على زيادة وهي قوله ولدا عنده والقدوري ساكت عنها ، وجواب مسئلة الجامع مبنى على هذه الزيادة (قوله قال فهمس الأئمة : يجوز أن يقال غلامان توأم وتوأمين) أقول : وفي المغرب التوأم اسم للولد إذا كان معه آخر في بطن واحد يقال لها توأمين ، وقولهم ، هما توأم وهما زوج خطأ ، ويقال للأثنى توأمة انتهى . فاق في المغرب يخالف ما ذكره فهمس الأئمة السرخسي (قوله وقد تقدم الكلام) أقول : في الصيغة السابقة .

بمخلص ما إذا كان الولد واحداً لأن هناك يبطّل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وهنا ثبت تبعاً لحرته فيه حرية الأصل فافتراقاً (ولو لم يكن أصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي

فرقه وهي الحرية الثابتة بأصل الخلقة انتهى) بخلاف ما إذا كان الولد واحداً حيث لا يبطّل فيه إعتاق المشتري بدعوى البائع. نسبة كما مر (لأن هناك) أي في مسألة الولد الواحد (يبطّل العتق فيه) أي في الولد (مقصوداً) يعني لو صحت الدعوة من البائع هناك لبطّل العتق في الولد مقصوداً (لحق دعوة البائع) وأنه لا يجوز لما تقدم أن حق الدعوة لا يعارض حقيقة الإعتاق (وها هنا) أي في مسألة التوأمين (يثبت تبعاً لحرته في حرية الأصل) أي يثبت بطلان إعتاق المشتري فيما اشتراه تبعاً لحرته حرية الأصل لاحرية التحرير ، فالضمير في حرته راجع إلى المشتري بالفتح . وقوله فيه متعلق بقوله يثبت ، والضمير راجع إلى المشتري كذلك . وقوله حرية الأصل بدل من قوله لحرته ، وإنما أبدل به إشارة إلى سبقها ليتبين بذلك أن البيع لم يكن صحيحاً فالإعتاق لم يصادف محله فكان خليفاً بالرد والإبطال ، كذا في العناية . أقول : هذا شرح صحيح ، إلا أنه يكون في كلام المصنف حينئذ تعقيد لفظي بالتقديم والتأخير حيث كان حق الأداء على هذا المعنى أن يقال : وها هنا يثبت فيه تبعاً لحرته حرية الأصل كما لا يخفى ، وكان مقدّم الشراح هربوا عنه حيث قال صاحبا النهاية والكفاية في بيان معنى كلام المصنف هاهنا : أي يثبت بطلان إعتاق المشتري بطريق التبعية لحرية المشتري الذي كانت الحرية فيه حرية الأصل انتهى . وقال صاحب غاية البيان : يعني فيما نحن فيه يثبت بطلان إعتاق المشتري لا مقصوداً بل ثبتاً لثبوت الحرية الأصلية الثابتة في الذي باعه اهـ . فإن الظاهر مما بيننا من المعنى أن لا يكون قول المصنف فيه متعلقاً بقوله يثبت بل أن يكون متعلقاً بمقدّم وهو الكائنة أو الثابتة على أنه صفة لحرته فلا يلزم التعقيد . أقول : لحل المأثور فيه أشد من الأول ، فإن الحرية بعد أن تضاف إلى الضمير الراجع إلى المشتري لا يبقى احتمال أن لا يكون قول المصنف فيه متعلقاً بقوله ثبت ، وإلا يلزم أن يكون قول المصنف فيه على المعنى الذي ذكره لغواً من الكلام ، وإنما يتم ذلك المعنى أن لو كان كلام المصنف وها هنا يثبت تبعاً لحرته في بدون الإضافة كما لا يخفى (فاًتفرقا) أي فافترقا ما نحن فيه من مسألة التوأمين ، وما إذا كان الولد واحداً حيث لزم بطلان العتق هناك أصالة وقصداً ، وفيما نحن فيه ضمناً وتبعاً ، وكمن من شيء يثبت ضمناً وتبعاً ولا يثبت أصالة وقصداً . قال في معراج الدراية : إلى هذا أشار قاضيخان والمرغيناني في فوائده والسرخسي في جامعه . وقال في النهاية بعد شرح كلام المصنف على هذا النوال : أو نقول في مسئلتنا لا يبطّل عتق المشتري الذي يثبت منه بل يظهر بدعوة البائع لما في يده من أحد التوأمين أن إعتاق المشتري لم يلاق محله لأنه ظهر أنه كان حر الأصل وتحرير الحر باطل لأن فيه إثبات الثابت ، وذلك لا يصح كما ذكرناه من الفوائد الظهيرية (فلو لم يكن أصل العلوق في ملكه) يعني أن الذي ذكر من قبل إذا كان أصل العلوق في ملك المدهي ولو لم يكن أصل العلوق في ملكه والمسئلة بجالها (ثبت نسب الولد الذي

فيه سواءً وجواباً . قوله) بخلاف ما إذا كان الولد واحداً لأن هناك يبطّل العتق فيه مقصوداً) يعني حل تقدير تصحيح الدعوة من البائع ، وقد تقدم أن حق الدعوة لا يعارض الإعتاق (وها هنا) أي في مسألة التوأمين (يثبت) بطلان إعتاق المشتري في المشتري (تبعاً لحرته في حرية الأصل) لاحرية التحرير فالضمير في حرته راجع إلى المشتري بالفتح . وقوله فيه يتعلق بقوله يثبت ، والضمير للمشتري كذلك . وقوله حرية الأصل بدل من قوله لحرته ، وإنما أبدل به إشارة إلى سبقها ليتبين بذلك أن البيع لم يكن صحيحاً ، فالإعتاق لم يصادف محله فكان خليفاً بالرد والإبطال (ولو لم يكن أصل العلوق في ملك المدهي يثبت نسب الولد الذي

(قال المصنف : وهنا يثبت تبعاً لحرته) أقول : وكمن من شيء يثبت ضمناً وتبعاً ولا يثبت قصداً وأصالة (قوله يثبت بطلان إعتاق المشتري في المشتري) أقول : قوله في المشتري متعلق بقوله يثبت (قوله وللضمير المشتري كذلك) أقول : أي المشتري بالفتح (قال المصنف : ولو لم يكن أصل العلوق الخ) أقول : قال التزيلي : بأن اشتراها بعد الولادة أو اشتري أمها وهي حبل بها أو باعها فباعت بها لا أكثر من ستين فيثبت نسبها أيضاً لأنها لا يفترقان فيه ، لكن لا يفتق للذي ليس في ملكه انتهى . وهذا الاحتمال لا يلائم ما نحن فيه .

عنده ، ولا ينقض البيع فيها باع) لأن هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته . قال (وإذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدى

عنده) أى ثبت نسب الولد الذى عند البائع بمصادقة الدعوة ملكه فثبت النسب لولد الآخر أيضا ضرورة لأن التوأمين لا ينفكان نسبا (ولا ينقض البيع فيها باع) ولا يبطل عقد المشتري فيه (لأن هذه) أى لأن دعوة البائع هاهنا (دعوة تحرير) لدعوة استيلاء (لانعدام شاهد الاتصال) أى لانعدام شاهد اتصال الملقق بملك المدعى حيث لم يكن أصل الملقق فى ملكه . ومن شرط دعوة الاستيلاء اتصال الملقق بملك المدعى (فيقتصر على محل ولايته) أى إذا كانت هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولاية المدعى وصوابه كان البائع أعظمهما فيعتق من فى ملكه عليه فحسب ، وليس من ضرورة حرية أحد التوأمين بعق عارض حرية الآخر فلعلنا لا يفتقن الذى عند المشتري على البائع ، كذا فى الكافي . وقال كثير من الشراح فى شرح قول المصنف لأن هذه دعوة تحرير الخ ، لأنه لما لم يكن أصل الملقق فى ملك البائع كانت دعوته دعوة تحرير فكان قوله هذا ابنى مجازا عن قوله هذا حر ، ولو قال لأحد التوأمين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته ، فكذا دعوة التحرير . أقول : يرد على قولهم فكان قوله هذا ابنى مجازا عن قوله هذا حر أنه لو كان كذلك لما ثبت نسب أحد من الولدين منه لأن المصير إلى المجاز عند تعلل أعمال الحقيقة ، وقد صرحوا بثبوت نسبهما منه . وتفصيل المقام أنه قد مر فى كتاب المتاق أنه إذا قال لعبد يولد مثله لثله هذا ابنى ، فإن لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبته منه لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج إلى النسب فيثبت منه . وإذا ثبت عقد لأنه يستند النسب إلى وقت الملقق ، فإن كان له نسب معروف لا يثبت نسبته منه للتعلل ويعتق إعمالا للفظ فى مجازه عند تعلل أعماله فى حقيقته ، وإن قال للغلام لا يولد مثله لثله هذا ابنى عقد عند أبى حقيقة ، وقالوا : لا يفتقن وهو قول الشافعى . لم أنه كلام محال فيرد ويلغو . ولأبى حقيقة أنه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لأنه إخبار عن حرية من حين ملكه وهذا لأن البتة فى المملوك بسبب لغيره وإطلاق السبب وإرادة السبب مستجاز فى اللغة مجازا ، ولأن الحرية ملازمة للبتة فى المملوك والمشابهة فى وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الإلغاء انتهى . فقد تلخص من ذلك كله أن ثبوت النسب فيها إذا قال للغلام هذا ابنى إنما يكون فى صورة واحدة من الصور الثلاث المذكورة وهى : أن يكون الغلام ممن يولد مثله لثله ولا يكون معروف النسب ولكن يجرى اللفظ فى هذه الصورة على حقيقته . وأما فى صورتين الآخرين فيصير اللفظ محمولا على مجازه لكن لا يثبت النسب فيهما فلم توجد صورة يثبت فيها النسب ويكون اللفظ مجازا فلم يصح ما قاله هؤلاء الشراح (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (وإذا كان الصبي في يد رجل قال) أى ذلك الرجل (هو) أى الصبي (ابن عبدى

عنده ولا ينقض البيع فيها باع) لأنه لما لم يكن أصل الملقق فى ملكه انعدم شاهد الاتصال بالمدعى ، فكان قوله هذا ابنى مجازا عن قوله هذا حر دعوة تحرير ، ولو قال لأحد التوأمين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته فكذا دعوة التحرير . ونوقض بما إذا اشترى الرجل أحد التوأمين وأبوه الآخر فادعى أحدهما الذى فى يده أنه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان جميعا ، ولم تقتصر دعوة التحرير على محل ولايته مع عدم شاهد الاتصال ، إذ الكلام فيه . وأجيب بأن ذلك لعنى أكثر وهو أن المدعى إذا كان هو الأب فالأب قد ملك أخاه فيعتق عليه ، وإن كان هو الابن فالأب ملك حافده فيعتق عليه ولا يكاد يصح مع دعوة التحرير . قال (وإذا كان الصبي في يد رجل الخ) إذا كان الصبي في يد رجل أثر أبو ابن عبده فلان أو ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته فى وقت من الأوقات لاحالا ولا مستقبلا . أما لاحالا فظاهر لوجود المانع وهو تعلق حق الغير ، وأما استقبالا فلأن الغائب لا يخلو حاله عن ثلاث : إما أن يصدق أو يكذب أو يسكت عن التصديق والتكذيب . فى الوجه الأول والثالث لاتصح دعوته بالاتفاق لأنه لم يتصل بإقراره تكذيب من جهة المقر له فيبقى إقراره

(قوله فكان قوله هذا ابنى مجازا الخ) أقول : فيه بحث ، لأنه لو كان مجازا كما ذكره لما ثبت نسب الذى ليس معه ، بل نسب الذى عنده والمصرح خلافه فطعننا ، ثم قوله دعوة بدل من قوله مجازا أو خبرا بعد خبر ، وقوله مجازا حال .

فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه أبدا وإن جحد العبد أن يكون ابنه (وهذا عند أبي حنيفة) وقالوا : إذا جحد العبد فهو ابن المولى) وعلى هذا الخلاف إذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه . لهما أن الإقرار ارتد برد العبد فصار كأن لم يكن الإقرار ، والإقرار بالنسب يرتد بالرد وإن كان لا يحتمل النقص ؛ ألا يرى أنه يعمل فيه الإكراه والمزل

فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه) أي لم يكن ذلك الصبي ابن ذلك الرجل (أبدا) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية : يعني سواء صدقه العبد الغائب أو كذبه أو لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب . وقال تاج الشريعة : يعني وإن جحد العبد أن يكون هو ابنه . أقول : لا يخفى على الفطن أنه يلزم على هذا المعنى استدراك قول المصنف (وإن جحد العبد أن يكون ابنه) ميبا على ما قاله تاج الشريعة ، اللهم إلا أن يعمل على التأكيد تقريراً لكون المعنى هذا لكن فيه ما فيه ، وقد أشار صاحب العناية إلى كون المعنى لم يكن ابنه أبداً : أي في وقت من الأوقات لاحالاً ولا مستقبلاً حيث قال في تقرير المستثنين : وإذا كان الصبي في يد رجل أقر أنه ابن عبده فلان أو ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوه في وقت من الأوقات لاحالاً ولا مستقبلاً انتهى . أقول : الحق أن المراد هاهنا هذا المعنى لوجوه : أحدهما اندفاع الاستدراك المذكور به وهو ظاهر . وثانيها أن الأيد على هذا المعنى يكون على أصل معناه وهو عموم الأوقات وعلى المعنى الأول يصير مبرحاً عنه إلى عموم الأحوال كما ترى . وثالثها أنه يظهر حينئذ فائدة تنقيح فلان بالغائب في وضع مستثنى من المعنى الأول فإن المقر له الحاضر والغائب سيان بالنظر إلى الأحوال المذكورة في المعنى الأول : أهني التصديق والتكذيب والسكوت عنهما ، إذ يتصور من كل واحد منهما كل واحدة من تلك الأحوال في وقت ما فلا فائدة في التنقيح بالغائب على زيادة عموم الأحوال . وأما بالنظر إلى الأوقات المذكورة في هذا المعنى : أهني الحال والأوقات المستقبلية فهما : أي المقر له الحاضر والغائب متساوتان حيث لا يتصور الجحود من الغائب في الحال لعدم علمه فيها ما أقر به المقر ، ويتصور ذلك منه في الاستقبال بأن يعلمه بعد أن يحضر ، بخلاف الحاضر فإنه يتصور منه الجحود في الحال والاستقبال بلا فرق بينهما ، فاحتمل في حق الغائب اختصاص الحكم بعدم كون الصبي ابن المقر بوقت لا يتصور فيه الجحود من المقر له وهو الحال ولم يحتمل ذلك في حق الحاضر ، فلو أطلق فلاناً ولم يقيد بالغائب على إرادة عموم الأوقات لتبادر إلى الفهم كون الحكم المذكور عند المقر له حاضراً فقط ، ولما قيدنا بالغائب علم ثبوت الحكم المذكور عند المقر له غائباً عبارة ، وثبوته عند كونه حاضراً أيضاً دلالة ، فظهر فائدة التنقيح بالغائب على هذا المعنى . ثم اهتم أنه لا يشترط لهذا الحكم أن يكون الصبي في يده ، وذكره في الكتاب وقع اتفاقاً نص عليه الإمام الزهلي في التبيين (وهذا عند أبي حنيفة) أي حكم المسئلة المذكورة على إطلاقه إنما هو عند أبي حنيفة رحمه الله . وفي الميسوط : لكن يمتنع عليه وإن لم يثبت نسبه من المولى ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وقالوا : إذا جحد العبد فهو) أي الصبي (ابن المولى) يعني ادعى المولى لنفسه بعد جحود العبد نسبه كذا في النهاية . قال المصنف (وعلى هذا الخلاف إذا قال) أي إذا قال الذي في يده الصبي (هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه) هذه من مسائل الميسوط ذكرها المصنف تقريراً ، كذا في غاية البيان (لهما أن الإقرار) أي الإقرار بالنسب وهو قوله هو ابن عبدي فلان الغائب (ارتد) برد العبد فصار كأن لم يكن الإقرار) أي فصار كأنه لم يقر لأحد ادعاه لنفسه (والإقرار بالنسب يرتد بالرد وإن كان لا يحتمل النقص) أي وإن كان النسب لا يحتمل النقص (ألا يرى أنه) أي الإقرار بالنسب (يعمل فيه الإكراه والمزل) حتى لو أكره عبده فأقر بها لا يثبت النسب ، وكذا لو

وفي الوجه الثاني لم تصح دعوه عند أبي حنيفة خلافاً لهما ، وقالوا : الإقرار بالنسب يرتد بالرد ، ولهذا إذا أكرهه على الإقرار بنسب عبده فأقر به لا يثبت ، وكذا لو هزل به ، فإذا رده العبد بكان وجوده وعدمه على حد سواء فصار كأنه لم يقر لأحد ادعاه لنفسه وصار كما إذا أقر المشتري على البائع بإعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال المشتري أنا أعتقته فإن الولاء يتحول (قال المصنف : ألا يرى أنه يعمل فيه الإكراه والمزل) أقول : وإن كانا لا يسمان فيما لا يحتمل النقص .

فصار كما إذا أقر المشتري على البائع باعتاق المشتري فكلذه البائع ثم قال أنا أعتقته يتحول الولاء إليه . بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعى بعد ذلك نسباً ثابتاً من الغير ، وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعبة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لأن له أن يكذب نفسه . ولأبي حنيفة أن النسب بما لا يحتمل النقص بعد ثبوته والإقرار بمثله لا يرتد بالرد فينتفع دعوته . كن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لهمة ثم ادعاه لنفسه ، وهذا لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه ، حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه ،

أقر بها هازلاً (فصار) أي فصار حكم هذه المسئلة (كما إذا أقر المشتري على البائع باعتاق المشتري) بفتح الراء (فكلذه البائع ثم قال) أي المشتري (أنا أعتقته يتحول الولاء إليه) أي فإنه يتحول الولاء إلى المشتري وصار كأنه لم يقر أصلاً (بخلاف ما إذا صدقه) أي بخلاف ما إذا صدق المقر له المقر في مستلثنا حيث لا يصح فيه دعوة المولى بالاتفاق (لأنه) أي المقر (يدعى بعد ذلك) أي بعد تصديق المقر له إياه (نسباً ثابتاً من الغير) وهو لا يصح (وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه) بل سكت عن التصديق والتكذيب حيث لا يصح فيه أيضاً دعوة المولى بالاتفاق (لأنه تعلق به) أي بالصبي (حق المقر له على اعتبار تصديقه) أي على اعتبار احتمال تصديقه (فيصير كولد الملاعبة ، فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لأن له أن يكذب نفسه) يعني أن الاحتمال جانب التصديق تأثيراً فيما نحن فيه كما أن الاحتمال جانب التكذيب تأثيراً في ولد الملاعبة (ولأبي حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقص بعد ثبوته) وهذا بالاتفاق (والإقرار بمثله) أي بمثل ما لا يحتمل النقص بعد ثبوته (لا يرتد بالرد) يعني وما كان كذلك فالإقرار به لا يرتد بالرد : أي لا يبطل بالتكذيب ، كن أقر بحرية عبد وإنسان وكتبه المولى لا يبطل إقراره ، حتى لو اشتراه بعد ذلك يثبته عليه كما ذكره الإمام قاضيخان وذكر في الشروح (في) أي بقي الإقرار في حق المقر وإن لم يثبت في حق المقر له ، كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة (فتمتنع دعوته) أي فتمتنع دعوة المقر بعد الرد أيضاً (كن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لهمة) كالمثني والقرابة (ثم ادعاه) أي ثم ادعاه الشاهد (لنفسه) حيث لا تصح دعوته . وأعلم أن الإمام فخر الإسلام ذكر هذه المسئلة في شرح إجماع الصغير على هذا المنوال حيث قال : وكذلك من شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته بعلم ثم ادعاه الشاهد لم تصح انتهى . فافق المصنف أثره فأوردنا هاهنا كذلك . وأما شيخ الإسلام علاء الدين الإسيبجاني فقد ذكر أنها أيضاً من هذا الخلاف حيث قال في شرح الكافي للحاكم الشهيد : وصل هذا الخلاف إذا شهد أنه ابن فلان فلم تقبل هذه الشهادة ثم ادعاه لنفسه لا تقبل عند أبي حنيفة خلافاً لما انتهى (وهذا) إشارة إلى قوله والإقرار بمثله لا يرتد بالرد (لأنه تعلق به) أي بالنسب (حق المقر له على اعتبار تصديقه ، حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه) أي من المقر له ،

إليه ، بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعى بعد ذلك نسباً ثابتاً من الغير وهو لا يصح ، وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعبة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لآحتمال تكذيبه نفسه . ولأبي حنيفة أن النسب بما لا يحتمل النقص بعد ثبوته ، وهذا بالاتفاق ، وما كان كذلك فالإقرار به لا يرتد بالرد ، لأن الإقرار به يتضمن شيئين : خروج المقر عن الرجوع فيما أقر به لعدم احتمال النقص كالإقرار بالطلاق والعناق ، وتعلق حق المقر له به ، وبتكذيب العبد لا يبطل شيء منهما . أما الأول فلأن تكذيبه لا يمس جانباً لما قلنا . وأما الثاني فلا أنه ليس حقه على الخلو بل فيه حق الولد أيضاً وهو لا يقدر على إبطائه . ونظر الإمام فخر الإسلام بمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لهمة من قرابة

(قوله بخلاف ما إذا صدقه) أقول : أي صدق المقر له بالنسب المقر (قال المصنف : ولأبي حنيفة أن النسب (الغ) أقول : ولا جواب فيما ذكره من قوله : ألا يرى أنه يحمل فيه الإكراه والغرل (قوله لعدم احتمال النقص) أقول : فيه نوع مصادرة (قوله وأما الثاني فلا أنه (الغ) أقول : لا يفي عليك عدم ملاعبة الشرع المشروح (قال المصنف : ثم ادعاه لنفسه) أقول : فإنها لا تصح ، لكن ذكر العلامة علاء الدين الإسيبجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد أن مسئلة رد الشهادة ثم الادعاء على الخلاف أيضاً لا تقبل عند خلافاً لما (قال المصنف : وهذا لأنه تعلق به حق المقر له) أقول : قال الإيتاني : إشارة إلى قوله لا يحتمل النقص انتهى . وفيه بحث ، بل هو إشارة إلى قوله والإقرار بمثله

وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له ، ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ، ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى كجبر الولاء من جانب الأم إلى قوم الأب . وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو أقوى وهو دعوى المشتري فيبطل به ، بخلاف النسب على ما مر .

ولما جاز أن يثبت النسب منه بعد التكليب بقي له حق الدعوة ومع بقاء حقه لاتصح دعوة المقر كما إذا لم يصدقه ولم يكذبه ، (وكذا تعلق به حق الولد) من جهة احتياجه إلى النسب (فلا يرتد برد المقر له) لتعلق حقه بحق الولد . هكذا ينبغي أن يشرح هذا المقام ، ولا يلتفت إلى ما في العناية وغيرها مما لا يساعده تقرير المصنف ولا يطابقه تحريره كما لا ينبغي على ذى فطرة سليمة (ومسئلة الولاء على هذا الخلاف) إشارة إلى الجواب عن استنبادهما بمسئلة الولاء بأنها أيضا على هذا الخلاف فلا تنهض شاهدة لما قاله وحجة على ما قاله (ولو سلم) أى ولو سلم كون مسئلة الولاء على الاتفاق (فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى كجبر الولاء من جانب الأم إلى قوم الأب) صورة : معتقة تزوجت وعبد وولدت منه أولادا فجنى الأولاد كأن عقل جنابهم على موالي الأب لأن الأب ليس من أهل الولاء فكان الولد ملحقا بقوم الأم ، فإن أعتق العبد جر ولاء الأولاد إلى نفسه ، كذا روى عن عمر رضى الله عنه ، ذكره قاضيهان ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وقد اعترض على الولاء الموقوف) وهو الولاء من جانب البائع ، وإنما ساءه موقفا لأنه على عرضية التصديق بعد التكليب ، كذا في النهاية وغيرها (ما هو أقوى وهو دعوى المشتري) لأن الملك له قائم في الحال فكان دعوى الولاء مصادفا له لوجود شرطه وهو قيام الملك ، كذا في العناية وأكثر الشراح . وقال بعض الفضلاء : فيه بحث ، لأنه كيف يقوم الملك وهو مقر بأنه معتق . قال في الكافي : إن المشتري إذا أقر أن البائع كان أعتق مابعه وكذبه البائع فإنه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقر انتهى . ولا ينبغي لدلالته على ما قلناه ، إلى هنا كلام ذلك البعض . أقول : يحتمل ظاهر السقوط ، لأن المشتري إنما أقر أولا بأن ما اشتراه مفتق البائع لأبانه معتق نفسه وقد كذبه البائع ، وهذا لا يناق قيام الملك له في الحال : أى في حال دعوى الإعتاق لنفسه ثانيا ، وإنما لا يقوم الملك له في الحال لو كان أقر ابتداء بأنه معتق نفسه ، أو كان أقر بأنه معتق البائع وصدقه البائع وليس فليس . وأما ما ذكره في الكافي فعل تقدير تمامه يجوز أن يكون مبنيا على كون مسئلة الولاء أيضا على هذا الخلاف كما ذكره المصنف أولا حيث قال : ومسئلة الولاء على هذا الخلاف . ولا ينبغي أن مبنى الكلام هاهنا على التسليم كون بطلان الإقرار وتحول الولاء في مسئلة الولاء متفقا عليه كما يفصح عنه قول المصنف ولو سلم الخ ، وحينئذ لاشك في قيام الملك للمشتري إلى حال دعوى الإعتاق لنفسه فلا وجب لاشتباه المقام وخطأ الكلام (فيبطل به) أى بطل الولاء الموقوف باعتراض ما هو الأقوى الذى هو دعوى المشتري (بخلاف النسب) يعنى أنه لا يبطل باعتراض شيء أصلا (على ما مر) وهذا إشارة إلى قوله إن النسب مما لا يحتمل النقص بعد ثبوته ، وعليه أخذ أكثر الشراح . قال في الكافي : بخلاف النسب كما مر في ولد الملائنة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملائنة لاحتمال ثبوته من الملائنة انتهى .

أو فسق ثم ادعاه الشاهد لنفسه فثبتا لاتصح ، وكذلك أوردنا المصنف ، وذكر الإسنيجاجي أنها على الخلاف لا تقبل عند أى حنيقة خلافا لما . قوله (ومسئلة الولاء) جواب عن استنبادهما بها بأنها على الخلاف فلا تنهض شاهدة . سلمناه ولكن الولاء قد يبطل باعتراض الأقوى فجبر الولاء من جانب الأم إلى جانب الأب وصورته معروفة ، وإنما لا يبطل إذا قرّر سببه ولم يقرّر لأنه على عرضية التصديق بعد التكليب فكان الولاء موقفا ، وقد اعترض عليه ما هو أقوى وهو دعوى المشتري لأن الملك له قائم في الحال فكان دعوى الولاء مصادفا له لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل ، بخلاف النسب على ما مر أن النسب مما لا يحتمل النقص ، وهذا يصلح مخرجا : أى حيلة على أصل أى حنيقة فيمن يبيع الولد ويخاف المشتري عليه الدعوة بعد ذلك

لا يرتد بالرد (قوله ولم يقرّر لأنه الخ) أقول : تأمل في صحة هذا التعليل فإن مقامه ظاهرة ولو كان اللفظ إلا أنه لم يتوجه (قوله لأن الملك له قائم في الحال) أقول : فيه بحث ، كيف يقوم الملك وهو مقر بأنه معتق . قال في الكافي : إن المقرى إذا أقر أن البائع كان أعتق ما مابعه وكذبه البائع فإنه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقر انتهى . ولا ينبغي لدلالته على ما قلناه فليتأمل .

وهذا يصلح مخرجا على أصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه إقراره بالنسب لغيره . قال (وإذا كان الصبي في يد مسلم نصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبيدي فهو ابن النصراني وهو حر) لأن الإسلام مرجح فيستدعي تعاضدا ، ولا تعارض لأن نظر الصبي في هذا أوفر لأنه ينال شرف الحرية حالا وشرف الإسلام مالا ، إذ دلائل الوحدانية ظاهرة ، وفي عكسه الحكم بالإسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لأنه ليس في وسعه اكتسابها

وحمل عليه صاحب الكفاية مراد المصنف أيضا . والحاصل أن النسب ألزم من الولاء ، فإن الولاء يقبل البطلان في الجملة والنسب لا يقبله أصلا فلا يصح قياس النسب على الولاء (وهذا) أى إقرار البائع بنسب ما باعه لغيره (يصلح مخرجا) أى حيلة (على أصله) أى على أصل أبي حنيفة (فيمن يبيع الولد ويخاف عليه) أى يخاف المشتري على الولد (الدعوة بعد ذلك) من البائع (فيقطع دعواه) أى فإنه يقطع دعوى البائع (بإقراره بالنسب لغيره) قال الإمام المحبوبي : صورته رجل في يده صبي ولد في ملكه وهو يبيعه ولا يأن المشتري أن يدعيه البائع يوما فينتقض البيع فيقر البائع بكون الصبي ابن عبده الغالب حتى يأمن المشتري من انتقاض البيع بالدعوى عند أبي حنيفة فإن هذا يكون حيلة عنده . وفي القوائد الظهيرية : الحيلة في هذه المسئلة على قول الكل أن يقر البائع أن هذا ابن عبده الميت حتى لا يأتى فيه تكذيب فيكون مخرجا على قول الكل ، كذا في النهاية (قال) أى محمد في الجامع الصغير (وإذا كان الصبي في يد مسلم نصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبيدي فهو ابن النصراني وهو حر) وفي القوائد الظهيرية وغيرها : هو ابن النصراني إذا كانت الدعوات معا ، فكان قوله معا إشارة إلى أن دعوى المسلم لو سبقت على دعوى النصراني يكون عبدا للمسلم ، كذا في النهاية : قال المصنف (لأن الإسلام مرجح) بكسر الجيم (فيستدعي تعاضدا) يعنى أن الإسلام مرجح أينما كان والترجيح يستدعي تعاضدا (ولا تعارض) أى لا تعارض هاهنا لأن التعارض إنما يكون عند وجود المساواة ولا مساواة هاهنا (لأن نظر الصبي في هذا أوفر) يعنى أن النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكرناه أوفر (لأنه ينال شرف الحرية حالا وشرف الإسلام مالا إذ دلائل الوحدانية ظاهرة ، وفي عكسه) أى وفي عكس ما ذكرناه (الحكم بالإسلام تبعا) أى ينال الحكم بالإسلام تبعا (وحرمانه عن الحرية لأنه ليس في وسعه اكتسابها) أى ليس في وسع الصبي اكتساب الحرية فانضى المساواة ، كذا رأى أكثر الشراح في حل هذا المقام ، وهو الحقيق عندي أيضا بأن

يقطع دعواه بإقراره بالنسب لغيره . قال (وإذا كان الصبي في يد مسلم نصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبيدي فهو ابن النصراني ، وهو حر) لأن الإسلام مرجح أينما كان ، والترجيح يستدعي التعارض ولا تعارض هاهنا لأن النظر للصبي واجب ، ونظره فيما ذكرناه أوفر لأنه ينال شرف الحرية حالا وشرف الإسلام مالا ، إذ دلائل الوحدانية ظاهرة ، وفي عكسه الحكم بالإسلام : أى ينال الحكم تبعا وحرمانه عن الحرية ، إذ ليس في وسعه اكتسابها) ولقائل أن يقول : هذا يخالف الكتاب وهو قوله تعالى - ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلائل التوحيد وإن كانت ظاهرة لكن الإلصاق بالدين مانع قوى ، ألا ترى إلى كفر آياته مع ظهور دلائل التوحيد ، وقد تقدم في الحضرة أن الذممة أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان أو يخاف أن يأنس الكفر بالنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده . ويمكن أن يجاب عنه بأن قوله تعالى - ادعهم لأبائهم - يوجب دعوة الأولاد لأبائهم ، ومدعى النسب أب لأن دعوته لا تحتمل النقص فتعارضت الآيات . وفي الأحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظر لما كثرة فكانت أقوى من المانع ، وكفر الآباء بجهود والأصل علمه ، ألا ترى إلى انتشار الإسلام بعد الكفر في الأفاق ،

(قال المصنف : إذ دلائل الوحدانية ظاهرة) أقول : فظاهر أن يقال دلائل الإسلام لأن بمجرد التوحيد لا يتحقق الإسلام (قوله ولقائل أن يقول : هذا يخالف النج) أقول : فيه بحث . لانا لا نقول إن الإيمان ليس خيرا من الإشراك حتى يخالف ، بل نقول كما أن ذلك غير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقبة وكسب الإسلام في وسع دون كسب الحرية فالنظر للصبي يقتضى الحكم بحريته بغيره فليعامل (قوله لأن دعوته لا تحتمل النج) أقول : هاهنا نوع مصادرة .

يراد من هذا الكلام . قال صاحب العناية بعد شرح المقام بهذا السؤال : ولقائل أن يقول : هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى - ولعبد مؤمن خير من مشرك - ودلائل التوحيد وإن كانت ظاهرة لكن الإلغ بالدين مانع قوي ، ألا يرى إلى كفر آياته مع ظهور دلائل التوحيد ، وقد تقدم في الحصانة أن الدمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الأديان أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده انتهى . وأورد بعض الفضلاء على قوله ولقائل أن يقول : هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى - ولعبد مؤمن خير من مشرك - بأن قال فيه بحث . لأننا نقول : إن الإيمان ليس خيرا من الإشراك حتى يخالف ، بل نقول : كما أن ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذلك الرقبة ، وكسب الإسلام في وسعه دون كسب الحرية ، فالنظر للصبي يقتضى الحكم بحريته انتهى . أقول : ليس مراد صاحب العناية أن هذا مخالف للكتاب بمجرد دلالة الكتاب على أن صفة الإيمان خير من صفة الإشراك حتى يفيد ما ذكره ذلك البعض ، بل مراده أنه مخالف للكتاب لدلالته على أن العبد المؤمن وإن كان رقيقا خير من المشرك وإن كان حراً . أما على كون الأمة والعبدان قولته تعالى - ولأمة مؤمنة خير من مشركة - وقوله تعالى - ولعبد مؤمن خير من مشرك - محمولين على ظاهرهما : أحق الرقيق والرقبة كما يشعر به قول بعض كبار المفسرين في تفسير ذلك المقام من النظم الشريف : يعنى أن المؤمن ولو كان معه خسارة الرق خير من الكافر ولو كان معه شرف الحرية ، فإن شرفها لا يجدى نفعاً مع الكفر ، ودناءة الرق لا تنزع شرف الإيمان انتهى ، فالأمر ظاهر . وأما على كون الأمة والعبد فيما معنى عبد الله وأمنه حامين للحرة والحرمة أيضاً كما ذهب إليه صاحب الكشاف وأضرابه حيث قالوا في تفسير الآيتين المذكورتين : أى ولا امرأة مؤمنة حرة كانت أو مملوكة ، وكذلك ولعبد مؤمن - لأن الناس كلهم عبيد لله وإماؤه انتهى ، فلأن الرقيق المؤمن يندرج تحت عبيد مؤمن قطعاً فيكون خيراً من مشرك وإن كان حراً ، ودلالة ظاهر الدليل المذكور في مسئلتنا على أن الكافر النازل شرف الحرية مع كون كسب الإيمان في وسعه خير من الرقيق المحكوم بإسلامه تبعاً مع حرمانه عن الحرية فتفهم المخالفة للكتاب ، وهذا توجيه كلام صاحب العناية على وفق مراده فلا يتوجه عليه البحث المذكور . ثم قال صاحب العناية : ويمكن أن يجاب عنه بأن قوله تعالى - ادعهم لآبائهم - يوجب دعوة الأولاد لآبائهم ، ومدعى النسب أب لأن دعوته لا تختمل النقض فتعارضت الآيتان . وفي الأحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظراً لما كثرة فكانت أقوى من المانع وكفر الآباء بجهود والأصل عدمه ، ألا يرى إلى انتشار الإسلام بعد الكفر في الآفاق وبترك الحصانة لا يلزم رق فيقتل منها ، بخلاف ترك النسب هاهنا فإن المصير بعده إلى البرق وهو ضرر عظيم لا محالة انتهى . أقول : فيه بحث لأن كون مدعى النسب أباً أول السلطة فذكره هاهنا مؤد إلى المصادرة ، وقوله لأن دعوته لا تختمل النقض ليس بشيء ، لأن دعوته إنما لا تختمل النقض بعد أن كانت مقبولة بحسب الشرع واجحة على دعوى المسلم وهو أول المسئلة أيضاً . وقوله وفي الأحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظراً لما كثرة فكانت أقوى من المانع كلام خال عن التحصيل هاهنا ، لأن وجوب المرحمة بالصبيان والنظر لم مما لا شبهة فيه لأحد ، لكن الكلام في أن ما يؤدى إلى الإلغ بالكفر المانع عن الإسلام مناف للمرحمة بهم ولا ننظر لهم فلا معنى لقوله فكانت أقوى من المانع كما لا يخفى . ثم إن صاحب الكفاية وتاج الشريعة قال في شرح قول المصنف ولا تناقض : أى بين دعوى الرق ودعوى النسب بخلاف أن يكون عبداً لو احوذوا ابناً لآخر انتهى . فكأنهما أخذوا هذا المعنى مما ذكره صاحب الكافي حيث قال : ولو كان صبي في يد مسلم ونصراني فقال القصراني هو ابني وقال المسلم هو عبيدي فهو حراً . بن النصراني إذا ادعى ما ولو كانت دعوى دعوة البتة فالمسلم أولى . والفرق أنهما في دعوى النسب استويا فترجح المسلم بالإسلام لأن القضاء بالنسب من المسلم قضاء بإسلامه ، وفيما نحن بصده لا تناقض بين الدعويين : أى دعوى الرق ودعوى النسب ، لأنه يجوز أن يكون عبداً لو احوذوا ابناً لآخر حتى يثبت الرجوع بالإسلام انتهى . أقول : فيه نظر لأن الذى يدعى النصراني في مسئلتنا هو بنة الصبي له حراً لا مطلق بنة له ، وأن الذى يحكم به له هو ثبت نسب الصبي

وبترك الحصانة لا يلزم رق فيقتل منها ، بخلاف ترك النسب هاهنا فإن المصير بعده إلى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة .

(ولو كانت دعوتها دعوة النبوة فالمسلم أولى) ترجيحاً للإسلام وهو أوفر النظرين . قال (وإذا ادعت امرأة صبيًا أنه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة) ومعنى المسئلة أن تكون المرأة ذات زوج لأنها تدعى تحمیل النسب على الغير فلا تصدق إلا بحجة ،

منه حرا كما صرح به في وضع المسئلة لا يثبت نسبه منه عبداً للآخر وإلا لزم الجمع بين قوليهما والحكم هما معا ، بل لا يتصور النزاع بينهما رأسا ، ولا شك أن بين دعوى الرق وبين دعوى النسب على الحرية تعاضا بيننا فلا يتم التزيب . ثم إن في تحرير المصنف مانعا آخر من الحمل على هذا المعنى وهو أن قوله لأن نظر الصبي في هذا أوفر الخ لا يصلح أن يكون دليلا على قوله ولا تعارض على تقدير كون مراده بوجه عدم التعارض هذا المعنى . فكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير تحرير المصنف فقال بعد كلامه المذكور على وجه التنوير ، ألا يرى أن الترجيح بالإسلام واجب في النسب نظرا للصغير ونظر الصبي في هذا أوفر الخ . أما صاحب الكفاية فلم يزد على شرحه للمذكور شيئا آخر فكانه غافل بالكيفية . وأما تاج الشريعة فقد تنبه لهذا وتداركه حيث قال : فعمل هذا يكون قوله لأن نظر الصبي في هذا أوفر دليلا على قوله فهو ابن النصراني لا دليلا على نفي المعارضة ، وقال : كذا سمعته من الإمام الأستاذ انتهى . لكن يرد عليه أن المصنف قد ذكر الدليل على قوله فهو ابن النصراني وهو حرقوله لأن الإسلام مرجح فيستدعي تعاضا ولا تعارض ، فلو كان قوله لأن نظر الصبي الخ دليلا على ذلك أيضا لكان دليلا ثانيا فكان حقه أن يذكر الواو : اللهم إلا أن يحمل الثاني على تعليل المعلل فتأمل (ولو كانت دعوتها) أي دعوة المسلم والكافر (دعوة النبوة فالمسلم أولى ترجيحاً للإسلام وهو أوفر النظرين) أي للصبي . ونوقض هذا بغلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية أنه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة أنه ابنهما وأقام كل واحد من الطرفين بيته فقد تساوت الدعويان مع أن بيته الغلام أولى ولم يترجح جانب الإسلام . وأجيب بأن البيتين وإن استوريا في إثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجعت بيته الغلام من حيث أنه يثبت حقا لنفسه لأن معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لأن الولد يعير بعدم الأب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد ، وبيته من يثبت حقا لنفسه أولى ، وفيه نظر لأنه أضعف من الإسلام في الترجيح لا بحالة . والجواب أنه تقوى بقوله صلى الله عليه وسلم « البيته على المدعى » لأنه أشبه المدعيين لكونه يدعى حقا لنفسه ، وكذا في العناية . أقول : ولقائل أن يقول : إن تقوى هذا بذلك النص فقد تقوى رجحان الإسلام بألف نص ، منها قوله صلى الله عليه وسلم « الإسلام يعلى ولا يعلى » (قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا ادعت امرأة صبيًا أنه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امرأة على الولادة) قال المصنف : اقتضاء أثر عامة المشايخ في تعقيد هذه المسئلة (ومعنى المسئلة أن تكون المرأة ذات زوج) وادعت أنه ابنها من هذا الزوج وأنكر الزوج ذلك (لأنها تدعى تحمیل النسب على الغير) وهو الزوج فلا تصدق إلا بحجة . يعني أن المرأة لا تصدق إلا بالنسب على الزوج والإلزام لا بد له من الحجة ، وسبب لزوم النسب وإن كان قائما وهو النكاح لكن الحاجة إلى إثبات الولادة والنكاح

هذا ، والله أعلم بالصواب . (ولو كانت دعوتها دعوة النبوة فالمسلم أولى ترجيحاً للإسلام وهو أوفر النظرين) ونوقض بغلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية أنه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة أنه ابنهما وأقام كل واحد من الطرفين بيته فقد تساوت الدعويتان في البيوة ولم يترجح جانب الإسلام . وأجيب بأن البيتين وإن تساوتا في إثبات النسب بفراش النكاح ، لكن يترجح بيته الغلام من حيث أنه يثبت حقا لنفسه لأن معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين ، لأن الولد يعير بعدم الأب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد ، وبيته من يثبت حقا لنفسه أولى . وفيه نظر لأنه أضعف من الإسلام في الترجيح لا بحالة . والجواب أنه تقوى بقوله صلى الله عليه وسلم « البيته على المدعى » لأنه أشبه المدعيين لكونه يدعى حقا لنفسه . قال (وإذا ادعت المرأة صبيًا الخ) إذا ادعت المرأة صبيًا أنها ابنها فلما أن تكون ذات زوج أو معتدة أو لا منكوحة ولا معتدة ، فإن كانت ذات

(قوله ولم يترجح جانب الإسلام) أقول : بل ترجح خلافه .

بخلاف الرجل لأنه يحمل نفسه النسب، ثم شهادة القابلة كافية فيها لأن الحاجة إلى تعيين الولد . أما النسب فيثبت بالفراش القائم، وقد صرح أن النبي عليه الصلاة والسلام قبل شهادة القابلة على الولادة (ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة) عند أبي حنيفة وقد مر في الطلاق، وإن لم تكن منكوبة ولا معتدة قالوا : يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها .

لا يوجب الولادة لأعماله ، ولا تثبت الولادة وتعيين الولد إلا بحجة فلا بد لها من حجة ، كذا في الكافي وغيره (بخلاف الرجل) أى الزوج حيث يصدق في دعوة الولد من غير شهادة أحد وإن أنكرت المرأة (لأنه يحمل نفسه النسب) وفى بعض النسخ : تحمل على نفسه النسب (ثم شهادة القابلة كافية فيها) أى فى دعوى المرأة فى المسئلة المارة (لأن الحاجة إلى تعيين الولد) بأنه الذى ولدته تلك المرأة وشهادة القابلة حجة فيه لما لا يطلع عليه الرجال فيقبل فيه قول النساء (أما النسب فيثبت بالفراش القائم) يعنى . أما النسب فيثبت بالفراش القائم فى الحال ، فلا حاجة إلى إثباته حتى تلزم الحجة التامة (وقد صرح أن النبي عليه الصلاة والسلام قبل شهادة القابلة على الولادة) فكانت حجة فيها (ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة) يعنى هذا الذى ذكرناه فى إذا كانت منكوبة ، أما إذا لم تكن منكوبة ولكن كانت معتدة وادعت النسب على الزوج احتجبت إلى حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهى شهادة رجلين أو رجل وامرأتين إلا إذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج ، وقالوا : يكفى فى الجميع شهادة امرأة واحدة (وقد مر فى الطلاق) أى فى باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق (وإن لم تكن منكوبة ولا معتدة قالوا : يثبت النسب منها بقولها) أى من غير بيعة أصلا (لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها) وفى هذا لافرق بين الرجل والمرأة ، هذا ما ذهب إليه عامة المشايخ واختاره المصنف . ومنهم من أجرى المسئلة على إطلاقها وقال : لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج أو لم تكن عملا بإطلاق ما ذكر محمد ، وفرق بين الرجل والمرأة حيث جازت دعوة الولد منه بلا بيعة ولم تجز منها بدون البيعة . وجه الفرق أن الأصل أن كل من ادعى معنى لا يمكنه إثباته بالبيعة كان القول فيه قوله من غير بيعة وكل من يدعى معنى يمكنه إثباته بالبيعة لا يقبل فيه قوله إلا بالبيعة . وبيان هذا أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فأتت طائفتي فادعت المرأة الدخول وكلبتها لا تصدق إلا بالبيعة لإمكان إثباته بالبيعة ، ولو حلق طلاقها بحبضها والمسئلة بحالها يقبل قولها من غير بيعة لمكان المعجز عن الإثبات بالبيعة فى مانع فيه يمكن للمرأة إثبات النسب بالبيعة لأن انفصال الولد عنها مما يشاهد ويعاين فلا بد لها من بيعة ، ولا كذلك الرجل لأنه لا يمكن إقامة البيعة على الإحراق والإحبال لمكان إخفاء والتغيب عن عيون المتأخرين فلا يحتاج إليها ، كذا فى الشروح . أقول : فيه بحث ، أما أولا فلأن الرجل وإن لم يمكنه إثبات الإحراق والإحبال إلا أنه يمكنه

زوج وصدفها فيها زعمت أنه ابنها منه ثبت النسب منها بالتزامه فلا حاجة إلى حجة ، وإن كلبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة لأنها تدعى بمحمل النسب على الغير فلا تصدق إلا بالحجة ، وشهادة القابلة كافية لأن التعيين يحصل بها وهو الاحتجاج إليه إذ النسب يثبت بالفراش القائم ، وقد صرح أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة ، وإن كانت معتدة احتجبت إلى حجة كاملة عند أبي حنيفة إلا إذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج ، وقالوا : يكفى فى الجميع شهادة امرأة واحدة وقد مر فى الطلاق ، وإن لم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها ، وفى هذا لافرق بين الرجل والمرأة . ومنهم من قال : لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج أولا . والفرق هو أن الأصل أن كل من يدعى أمرا لا يمكن إثباته بالبيعة كان القول فيه قوله من غير بيعة ، وكل من يدعى أمرا يمكنه إثباته بالبيعة لا يقبل فيه قوله إلا بالبيعة ، والمرأة لا يمكنه إثبات النسب بالبيعة لأن انفصال الولد عنها مما يشاهد فلا بد لها من بيعة ، والرجل لا يمكنه إقامة البيعة على الإحراق لإخفاء فيه فلا يحتاج إليها ، والأول هو المختار لعدم التحميل على أحد فيهما ،

(قوله وافرقت الخ) أقول : يعنى الفرق بين الرجل والمرأة .

(وإن كان لها زوج وزعت أنه ابنها منه وصدّقها فهو ابنها وإن لم تشهد امرأة) لأنه ألزم نسبه فأغنى ذلك عن الحجة (وإن كان الصبي في أيديهما وزعم الزوج أنه ابنه من غيرها وزعت أنه ابنها من غيره فهو ابنها) لأن الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام القرائن بينهما ، ثم كل واحد منهما يريد إبطال حق صاحبه فلا يصدق عليه ، وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما إلا أن هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لأن المحل يحتمل الشركة ، وهاتنا لا يدخل لأن النسب لا يحتملها .

إثبات النسب ، إذ قد قرّر في كتاب الشهادة أنه يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بالسماع عن يثقب به في مواضع عديدة: منها النسب ، وليس من ضرورة ادّعاء الرجل ولداً أنه ابنه وثبتت نسبه منه ثبوت وقوع الإحلاق والإحبال منه البينة ، وإلا لما تيسر إثبات دعوى البينة من الرجل أصلاً : أي ولو كان هناك منازع شرعي ، إذ لا يمكنه إثبات الإحلاق والإحبال قطعا ، مع أن مسائل التنازع بين الرجلين في بنة ولد وإثباتها شرعا أكثر من أن نحصى ، فظهر أن المقصود من ادّعاء الرجل بنة ولد ثبوت نسبه منه دون ثبوت وقوع الإحلاق والإحبال منه ، فلما أمكنه إثبات نسبه منه لزمه أيضا إقامة البينة على الأصل المذكور في وجه الفرق فلا يتم المطلوب . وأما ثانياً فلأن الوجه المذكور لفرق المزبور مما لا يخفى في مسئلتنا ، لأن كون المدعى مما يمكن للمدعى إثباته بالبينة إنما يقتضى احتياج المدعى إلى إقامة البينة إذا وجد هناك من يكذب وينكر ما ادّعاء كما في الصورة المذكورة للبيان وما ادّعت المرأة في مسئلتنا وإن كان مما يمكنها إثباته بالبينة كما بينت إلا أنه ما لم ينكره أحد ، لأن كلامنا فيها إذا لم يوجد من يكذبها بأن لم تكن منكوبة ولا معتدة ، ولهذا قال المصنف في تحليل المسئلة : لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها انتهى . فكيف يتصور القول باحتياجها إلى إقامة البينة فتدبر (وإن كان لها زوج وزعت أنه ابنها من) أي ادّعت أن الولد ابنها من ذلك الزوج (وصدّقها) أي وصدق (الزوج) إياها (فهي ابنها وإن لم تشهد امرأة) أي وإن لم تشهد امرأة على الولادة : يعنى لأحاجة هاتنا إلى شهادة القابلة (لأنه) أي الزوج (ألزم نسبه) أي نسب الولد (لغنى ذلك عن الحجة) لأن النسب ثبت بمجرد إقرار الزوج بلا دعوى المرأة إذ ليس فيه تحميل النسب على الغير ، ومع دعوى المرأة أولى ، وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير (وإن كان الصبي في أيديهما) أي في أيدي الزوجين (فزعم الزوج أنه ابنه من غيرها) أي زعم الزوج أن الصبي ابنه من امرأة أخرى له (وزعت أنه ابنها من غيره) أي وزعت المرأة أنه ابنها من زوج آخر كان لها (فهي ابنها) أي كان الصبي ابنها معا هذا إذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه وإن كان يعبر عن نفسه فاقول له أيهما صدق ثبت نسبه منه بتصديقه . كلّا في عامة الشروح وزعم صاحب الغاية إلى شرح الطحاوى ، ثم إن هذه المسئلة المذكورة في الكتاب من مسائل الجامع الصغير أيضا . قال المصنف في تحليلها (لأن الظاهر أن الولد منهما) أي من الزوجين الذين كان الولد في أيديهما (لقيام أيديهما أو لقيام القرائن بينهما) أقول : فيه شيء ، وهو أن قيام القرائن بينهما لا يدل على تعيين الولد ، وإنما يدل على ثبوت النسب بعد تعيين الولد : أي بعد ثبوت ولادته من تلك الزوجة ، ولهذا لم تجز دعوى امرأة ذات زوج صبيّا أنه ابنها إذا لم يصدّقها الزوج ما لم تشهد امرأة على الولادة كما مرّ آتيا ، ففي مسئلتنا أيضا ينبغي أن يكون كذلك فتأمل (ثم كل واحد منهما) أي من الزوجين (يريد إبطال حق صاحبه فلا يصدق عليه) أي على صاحبه : يعنى لا يقبل قوله في حق صاحبه (وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه) حيث لا يصدق واحد منهما في إبطال حق صاحبه (بل يكون الثوب بينهما) فكذا هنا (إلا أن هناك يدخل المقر له في نصيب المقر) أي يصير ما حصل للمقرّ بينه وبين المقرّ له نصفاً (لأن المحل) وهو الثوب (يحتمل الشركة ، وهاتنا لا يدخل لأن النسب لا يحتملها) اعلم أن المناقضة في دعوى النسب غير مائة لصحة الدعوى ، حتى أن

(ولو كان الصبي في أيديهما) أراد صبيّا لا يعبر عن نفسه ، فأما إذا عبر عن نفسه فاقول له أيهما صدقه ثبت نسبهما بتصديقه

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَلَدَتْ وَلَدًا عَنْده فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم يخاصم) لأنه ولد المغرور
فإن المغرور من يطلأ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق ، وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع
الصحابه رضى الله عنهم ،

الصبي إذا كان في يد امرأة فقال رجل هو ابني منك من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح يثبت النسب منه ، وكذا
لو قال هو ابني من نكاح منك وقالت هو ابنك مني من زنا لم يثبت النسب منه لعدم اتفاقهما في النكاح ، فإن قالت بعد ذلك :
هو ابنك مني من نكاح يثبت لما قلنا إن المناقضة لا تبطل دعوى النسب ، كذا ذكره الإمام القرافي . وذكر في الإيضاح أن
دعوى النسب إنما لا تبطل بالنكاح لأن المناقضة إنما يكون بين المتساويين ولا مساواة ، فإن دعوى النسب أقوى من النفي .
وذكر فيه أيضا : إذا تعادق الزوجان على أن الولد من الزنا من فلان فالنسب ثابت من الزوج ، لأن سبب ثبوت النسب قائم
وهو الفراق والنسب يثبت حقا للصبي فلا يقبل تصادفهما على إبطال النسب ، وكذلك لو كانت المتكوحة أمة أو كان النكاح
فاسدا لأن الفراق قد وجد ، وكذا في النهاية ومراجع الدررية . أقول : الذي نقل عن الإيضاح أولا من تعليل عدم بطلان
دعوى النسب بالنكاح على نظر متنا ونقضا فتأمل (قال) أي محمد في إجماع الصغير في كتاب القضاء (ومن اشترى جارية
فولدت ولدا عنه) يعنى ولدت ولدا من المشتري فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم يخاصم) وكذا إذا ملكها بسبب
تحر غير الشراء أى سبب كان ، وكذا إذا تزوجها على أنها حرة فولدت له ثم استحققت نص عليه الإمام الزيلعي في شرح
الكزى وسيفهم من نفس الكتاب (لأنه ولد المغرور ، فإن المغرور من يطلأ امرأة معتمدا على ملك يمين) بأى سبب كان مثل
الشراء والهبة والصدقة والوصية ، كذا في مراجع الدررية وغيرها (أو نكاح) عطف على يمين . والمعنى أو معتمدا على ملك
نكاح (فتلد منه) أى تلد المرأة عن طوعها (ثم تستحق) بأن يظهر بالبينه كونها أمة ، هنا تم تفسير ولد المغرور . (وولد المغرور
حر بالقيمة بإجماع الصحابة رضى الله عنهم) فإنه لا خلاف بين الصلح الأول وفقهاء الأمصار أن ولد المغرور حر الأصل ، ولا
خلاف أيضا بين السلف أنه مضمون على الأب إلا أن السلف اختلفوا في كيفية ضمانه ، فقال عمر بن الخطاب رضى الله تعالى
عنه : يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية : يعنى إن كان الولد غلاما فعلى الأب غلام مثله ، وإن كان جارية فعليه جارية
مثله . وقال على بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه : عليه قيمة الولد ، وإليه ذهب أصحابنا لأنه قد ثبت بالنص أن الحيوان
لا يكون مضمونا بالمثل ، وتأويل حديث عمر رضى الله تعالى عنه : يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية ، كذا
في العناية . أقول : يرد على ظاهره أن اختلاف السلف في كيفية ضمان ولد المغرور وقول عمر رضى الله عنه بضمان مثله دون
قيمه يتناقض ما ذكره المصنف من أن ولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة ، فكيف يصلح ما ذكر في العناية لأن يكون شرحا
وبيانا لما ذكره المصنف ؟ ويمكن إبطاله بأن يقال : إن اختلافهم في كيفية ضمانه اختلاف بحسب الظاهر دون الحقيقة
بناء على احتمال أن يكون المراد بحديث عمر رضى الله تعالى عنه : يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية . فحاصل الشرح

وباقى الكلام ظاهر . قال (ومن اشترى جارية فولدت ولدا الخ) حتم باب دعوى النسب بمسئلة ولد المغرور ، والمغرور من
وطئ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فولدت منه ثم تستحق والوالدة وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع فإنه لا خلاف بين الصلح
الأول وفقهاء الأمصار أن ولد المغرور حر الأصل ، ولا خلاف أنه مضمون على الأب إلا أن السلف اختلفوا في كيفية ضمانه
فقال عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه : يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية : يعنى إذا كان الولد غلاما فعلى الأب غلام مثله ،
وإن كان جارية فعليه جارية مثله . وقال على بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه : عليه قيمتها ، وإليه ذهب أصحابنا ، فإنه قد ثبت
بالنص أن الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل ، وتأويل الحديث : الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية ، ولأن النظر من
(قوله وتأويل الحديث) أقول : أى على تقدير أنه حديث ، والله أعلم .

ولأن النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الأصل في حق أبيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما . ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمته إلا بالنفع كما في ولد المخصومة ، فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم المخصومة لأنه يوم المنع (ولو مات الولد لا شيء على الأب) لانعدام المنع ، وكذا لو ترك مالا لأن الإرث ليس يبدل عنه والمال لأبيه لأنه حر الأصل في حقه فيرثه (ولو قتل الأب يفرم قيمته) لوجود المنع (وكذا لو قتل غيره فأخذ ديتة ،

والبيان ههنا أن السلف وإن اختلقوا في كيفية ضمانه بحسب الظاهر من أقوالهم إلا أن الخلاف مرتفع في الحقيقة بتأويل كلام عمر رضي الله عنه وتبيين مراده على وفق ما يقتضيه النص الدال على أن الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل (ولأن النظر من الجانبين واجب) إذ المغرور بنى أمره على سبب صحيح في الشرع فاستوجب النظر . والأمة ملك المستحق والولد متفرع عن ملكه فاستوجب النظر أيضا فوجب الجمع بين حقيهما بقدر الإمكان ، وإذا بان بجي حق المستحق في معنى المملوك وينبغي حق المغرور في صورته ، كذا في الكافي (فيجعل الولد حر الأصل في حق أبيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما) ودفعنا للفرق بينهما (ثم الولد حاصل في يده) أي في يد المغرور (من غير صنعه) أي من غير تعد منه . كذا في العناية (فلا يضمته إلا بالنفع كما في ولد المخصومة) فإنه أمانة في يد الغاصب عندنا لا يضمته الغاصب إلا بالنفع (فلهذا) أي فلأن المغرور لا يضمن الولد إلا بالنفع (تعتبر قيمة الولد يوم المخصومة لأنه يوم المنع) وذكر في شرح الطحاوي يفرم قيمة الولد يوم القضاء لأن الولد يعلق في حق المستولد حرا ويعلق في حق المستحق رقيقا فلا يتحول حقه من العين إلى البذل إلا بالقضاء فيعتبر قيمة الولد يوم القضاء كذلك ، كذا في النهاية ومعراج الدراية . ثم اعلم أن الولد المغرور إنما يكون حرا بالقيمة إذا كان المغرور حرا ، أما إذا كان مكاتباً أو عبداً مأذونا له في تزوج يكون ولده عبداً للمستحق خلافاً لحمد ، وسيجيء ذلك في كتاب المكاتب كذا في غاية البيان (ولو مات الولد) يعني لو مات ولد المغرور قبل المخصومة (لا شيء على الأب) أي ليس على الأب شيء من قيمته (لانعدام المنع) إذ المنع إنما يتصور بعد الطلب ، فإذا هلك قبل الطلب لم يوجد سبب ضمانه فلا يضمن ، كما لو هلك ولد المخصومة عند الغاصب فإنه لا يضمن قيمته ، كذا في الكافي (وكذا لو ترك مالا) أي وكذا لو ترك ولد المغرور مالا ميراثاً لأبيه فأخذ أبوه لا يجب على الأب للمستحق من قيمة الولد شيء ، لأن المنع لم يتحقق ، لا عن الولد لسا م ولا عن بدله (لأن الإرث ليس يبدل عنه) فلم يجعل سلامة الإرث كسلامة نفسه (والمال لأبيه ، لأنه) أي الولد (حر الأصل في حقه) أي في حق أبيه كما مر (فيرثه) فإن قيل : الولد وإن كان حر الأصل في حق أبيه إلا أنه رقيق في حق مدعيه فينبغي أن يكون المال مشتركاً بينهما . قلنا : الولد علق حر الأصل في حق المدعي أيضا ، ولهذا لا يكون الولاء له . وإنما قلنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعا ، كذا في الشروح والكافي . أقول : يتألف هذا الجواب ظاهر ما ذكر في شرح الطحاوي على ما قلناه أنفا غليظا في التوفيق أو الترجيح (ولو قتل الأب يفرم قيمته) أي يضمها (لوجود المنع) بالقتل (وكذا لو قتل غيره

الجانبين واجب دفعاً للضرر عنهما فيجعل الولد حر الأصل في حق أبيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ودفعاً للضرر عنهما) قوله ثم الولد حاصل (بيان لسبب الضمان وهو المنع لأنه حاصل في يده من غير صنعه) يعني من غير تعد منه فكان كولد المخصومة أمانة لا يضمن إلا بالنفع وتعهد لاعتبار قيمته يوم المخصومة لأنه يوم المنع ، وأنه لو مات الولد لا يضمن الأب قيمته لانعدام المنع ، وأنه لو ترك مالا لا يضمن أيضا لأن المنع لم يتحقق لاحتته ولا عن بدله لأن الإرث ليس يبدل عنه والمال لأبيه لأنه حر الأصل في حقه فيرثه . لا يقال : ينبغي أن يكون المال مشتركا بينهما لأنه حر الأصل في حق أبيه رقيق في حق المدعي لأنه علق حر الأصل في حق المدعي أيضا ولهذا لا يكون الولاء له . وإنما قلنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة ، والثابت بالضرورة لا يعدو موضعا ، وأنه لو قتل الأب ضمن قيمته لوجود المنع ، وكذا لو قتل غيره وأخذ ديتة لأن سلامة بدله له كسلامة نفسه ، ومنع بدله كمنع نفسه فيفرم قيمته كما لو كان حيا ويرجع بما ضمن من قيمة الولد علي باله لأنه ضمن له

لأن سلامة بدله له كسلامته ، ومنع بدله كمنه فيغرم قيمته كما إذا كان حيا (ويرجع بقيمة الولد على بانه) لأنه ضمن له سلامته كما يرجع بثمانه ، بخلاف العقر لأنه لزمه لاستيفاء منافعتها فلا يرجع به على البائع ، والله أعلم بالصواب .

فأخذ ديتة (أى فأخذ الأب ديتة (لأن سلامة بدله له) أى لأن سلامة بدل الولد وهو ديتة للأب (سلامته) أى كسلامة الولد نفسه (ومنع بدله كمنه) أى ومنع بدل الولد كمنع الولد نفسه (فيغرم قيمته كما إذا كان حيا) وأما إذا لم يأخذ الأب ديتة من القائل فلا يضمن شيئا لأنه لم يمنع الولد أصلا : أى للاحقية ولا حكما ، نص عليه فخر الدين قاضيه خان وغيره في شروح الجامع الصغير . وذكر في الميسوط : فإن قضى له بالدية فلم يقبضها لم يوطئ بالقيمة . لأن المنع لم يتحقق فيها لم يصل إلى يده من البدل ، فإن قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضى عليه بالقيمة للمستحق ، لأن المنع تحقق بوصول يده إلى البدل فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنه الولد ، كذا في النهاية والكفاية (ويرجع بقيمة الولد على بانه) أى ويرجع الأب بما غرم من قيمة الولد على بانه لأنه أى بانه (ضمن له) أى للمشتري (سلامته) أى سلامة المبيع عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق ، كذا في معراج الدراية ، ويساعده تقرير صاحب النهاية . أقول : يرد على ظاهر هذا الشرع أنه لا شبهة في أن البائع ضمان للمشتري سلامة المبيع عن العيب ، إلا أن المبيع في مسئلتنا هو الأم دون الولد فلا يتم التقريب ، فكان كثيرا من الشراح قصدوا دفع هذا فقالوا في بيان قول المصنف لأنه ضمن له سلامته : يعنى أن الولد جزء الأم والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع أجزائه انتهى ، أقول : ويرد على هذا الشرع أن البائع إنما ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع أجزائه الموجودة عند البيع لا يميزه الذى يحدث بعد البيع ، لأن مثل هذا الجزء معلوم حين البيع ولا يصح إدخال المعلوم في عقد البيع أصلا فضلا عن ضمان سلامته عن العيب ، ولا شك أن الولد في مسئلتنا بمن حدث بعد البيع . والحق حدى في هذا المقام أن يطرح حديث الجزئية من البين ويقال في بيان مراد المصنف من قوله المذكور إن البائع ضمن للمشتري سلامة الولد بواسطة ضمانه سلامة المبيع الذى هو الأم عن العيب ، فإن كون ولد الجارية غير سالم عن عيب الاستحقاق عيب لنفس الجارية أيضا لأن من منافعتها الاستيلاء وكون ولد هامن مولا حائر الأصل من غير أن يستحقه أحد فكانت سلامتها عن العيب مستلزما لسلامة ولدها فضمن البائع سلامتها ضمانا لسلامته (كما يرجع بثمانه) قال صاحب الكفاية : أى بالثمن الذى أداه المشتري إلى البائع فالضمير للمشتري . وقيل بثمان المشتري إذا استحق أو بثمان الولد لو تصور شرائه واستحقه أحد انتهى . واختار صاحب العناية من بين هذه المعاني الثلاثة المعنى الوسطانى حيث قال : كما يرجع بثمانه : أى بثمان المبيع وهو الأم لأن الغرور شملها انتهى . وأقول : لا يمتنع على ذى فطرة سليمة أن هذا هو المعنى الوجهى هاهنا ، ولكن في تذكير الضمير هاهنا نوع حلول عن الظاهر ولهذا قال في الوقاية وغيرها : ورجع بها كمنها بتأثير الضمير : أى ورجع بقيمة الولد كمنه الأم (بخلاف العقر) يعنى أن المفقود لا يرجع على بانه بعقر وجب عليه وأخذ منه المستحق (لأنه) أى لأن العقر (لزمه) أى لزم المفقود (لاستيفاء منافعتها) أى لاستيفاء منافع الجارية المستحقة : أى منافع بضعها (فلا يرجع بدلى البائع) إذ لو رجع به سلم له المستوى عجانا ، والوطء في ملك الغير لا يجوز أن يسلم للواطئ عجانا ، كذا في النهاية وغيرها .

سلامته لأنه جزء المبيع والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع أجزائه كما يرجع بثمانه : أى بثمان المبيع وهو الأم لأن الغرور شملها ، بخلاف العقر فإنه لا يرجع به عليه لأنه لزمه باستيفاء منافعتها وهي ليست من أجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(كتاب الإقرار)

(كتاب الإقرار)

ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الإقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب ، وذلك لأن دعوى المدعى إذا توجهت إلى المدعى عليه فأمره لا يخلو إما أن يقر أو ينكر ، وإنكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح ، قال الله تعالى - وإن طافتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما - وبعد ما حصل له من المال إما بالإقرار أو بالصلح فأمر صاحب المال لا يخلو إما أن يستريح منه أو لا ، فإن استريح فلا يخلو إما أن يستريح بنفسه أو بغيره ، وقد ذكر استراحته بنفسه في كتاب البيوع المناسبة التي ذكرناها هناك بما قبله ، وذكر هاهنا استراحته بغيره وهو المضاربة ، وإن لم يستريح فلا يخلو إما أن يحفظه بنفسه أو بغيره ، ولم يذكر حفظه بنفسه لأنه لم يتعلق به حكم في المعاملات فبقي حفظه بغيره وهو الوديعة ، وكذا في الشروح . ثم إن محاسن الإقرار كثيرة : منها إسقاط واجب الناس عن ذمته ، وقطع التستهم عن مذمته . ومنها إيصال الحق إلى صاحبه وتبليغ المكسوب إلى كاسبه فكان فيه إنقاذ صاحب الحق وإرضاء خالق الخلق . ومنها إجماع الناس المقر بصدق القول ووصفهم بإياه بوفاء العهد وإنالة التول . ثم إن هاهنا احتياجا إلى بيان الإقرار لغة وشرعية ، وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه ودليل كونه حجة . أما الإقرار لغة فهو إفعال من قر الشيء إذا ثبت . فالإقرار إثبات لما كان متروكا بين الإقرار والجمهور . وكذا في النهاية ومراجع الدراية . وأما شرعية فهو إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه كذا في الكافي وحاشية المتن والشروح . وقال في العناية بالإقرار مشتق من القرائن فكان في اللغة عبارة عن إثبات ما كان متروكا . وفي الشريعة : عبارة عن الإخبار عن ثبوت الحق انتهى . أقول : لقد أصاب صاحب العناية في بيان معنى الإقرار لغة ولم يصب في بيان معناه شرعية . أما الأول فلأن أخذ الإقرار في تعريف معنى الإقرار لغة كما فعله صاحب النهاية ومراجع الدراية مع كونه مودعا إلى المصادرة مما يحتل به المعنى ، إذ لا معنى

(كتاب الإقرار)

قال في النهاية : ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الإقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب ، وذلك لأن دعوى المدعى إذا توجهت إلى المدعى عليه فأمره لا يخلو ، إما أن يقر أو ينكر ، وإنكاره سبب للخصومة والخصومة

(كتاب الإقرار)

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله الذي أقر يوحنا الفيت كل مخلوق بلسان حاله وقاله ، والصلوة على سيدنا محمد الذي ادى النبوة وشهدت النصوح بعلومه وصدق مقالاه ، وحل آله وأولاده وأصحابه الأخلايين بصظم دقائق الشرع وجلالة المجهدين في تفهم بدائع معانيه المستنبطة من النصوح ببيان دلائله (وبعد) فإن الأستاذ المرسوم حرر رسالة متعلقة بمسئلة مذكورة في الميوسط : وهي رجل قال لأخضر عليك اثنا عشر ألف درهم الخ وصدق في تصحيحها وتحقق في توضيحها بالقول الفصل والكلام الجزل ، وذيل ببعض المسائل المهمة المتفرقة المنقولة عن الكتب المتجرة المتصلة بمسائل الإقرار ، ولكن لم نغفر بطلب الرسالة الشريفة في الزمان السابق ، فلما انتهينا إلى هذا المقام وجدنا هذه الرسالة بين الأوراق بالتمام ، فحضرناها تبركا وتوسنا في أول ذلك الكتاب ، ولم نغير ما اعتاد من الترتيب المصطاب ، وهذا نص عبارة الأستاذ بلاء النضام ولازدياد .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

سبحانك لا حول لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العالم الحكيم ، فمأك أن تعمل وتسلم حل سيدنا محمد وآله وصحبه أفضل صلاة وأكمل تسليم ، وتوشدنا إلى نبيل السداد والعبوات ، وتهدينا إلى الصراط المستقيم .

لكون إثبات ما كان مترزلاً بين الشيعين المخصوصين هو أحد ذينك الشيعين كما لا يخفى . وأيضاً الظاهر أن الإقرار في اللغة ليس بمخصوص لإثبات ما تترزّل بين الشيعين المخصوصين ، بل هو عام لإثبات كلّ ما تترزّل بين الشيعين مطلقاً كما يدل عليه ما أخذ اشتقاقه وهو القرار بمعنى الثبوت مطلقاً . وأما الثاني فلأن الإخبار عن ثبوت الحق يتناول الدعوة والشهادة أيضاً ، وإنما يتنازّل الإقرار الشرعي عنهما بقيد للغير عن نفسه فإن الدعوى إخبار عن ثبوت الحق لنفسه على الغير ، والشهادة إخبار عن ثبوت الحق للغير على الغير ، فإذا زيد في تعريف الإقرار الشرعي قيد للغير على نفسه كما فعله عامة الفقهاء فخرج عند الدعوى والشهادة . وأما إذا أطلق وقيل هو عبارة عن الإخبار عن ثبوت الحق كما فعله صاحب العناية فيدخل فيه الدعوى والشهادة فيختل التعريف ثم أقول : في تعريف العامة أيضاً شيء ، أما أولاً فلأنه قد تقرر في كتب الأصول أن التصرفات إما لإثباتات كالبيع والإجارة والهبة ونحوها ، وإما إسقاطات كالطلاق والعناق والعض من القصاص ونحوها . ولا يخفى أن الإخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه لا يصدق على الإقرار بقسم الإسقاطات مطلقاً فيلزم أن لا يكون تعريفهم المذكور جامعاً . وأما ثانياً فلأن إقرار المكره لآخر بشيء من الحقوق غير صحيح شرعاً على ما صرحوا به ، مع أنه يصدق عليه أنه إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه فيلزم أن لا يكون تعريفهم المزبور مانعاً . ويمكن أن يجاب عن الثاني بأن كون إقرار المكره غير صحيح شرعاً ، إنما يقتضى أن لا يكون صحيحاً شرعاً لأن لا يكون إقراراً مطلقاً في الشرع ، فيجوز أن يكون مقصودهم تعريف ما يطلق عليه الإقرار في الشرع سواء كان صحيحاً أو فاسداً ، وعن هذا ترى التبريدات الشرعية لكثير من العقود كالبيع والإجارة ونحوها يتناول الصحيح منه والفاقد ، حتى أن كثير منهم تركوا قيد التراضي في تعريف البيع بحسب الشرع ليتناول بيع المكره كسائر البياعات الفاسدة كما صرحوا به في موضعه . وأما سبب الإقرار فلزيادة إسقاط الواجب عنه بذمته بإخباره وإعلامه لتلايق في تبعة الواجب . وأما شرطه فسيأتي في الكتاب . وأما ركنه فالألفاظ المذكورة فيما يجب به موجبا للإقرار . وأما حكمه فظهور ما أقر به لا بثبوته مستدعية للصالح ، قال الله تعالى - وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحو بينهما - وبمذ ما حصل له من المال إما بالإقرار أو بالصالح فأمر صاحب المال بماله لا يخلو إيماناً يستريح منه أو لا ، فإن استريح منه فلا يخلو إما أن يستريح بنفسه أو بغيره ،

رجل قال لأمر لي عليك اثنا عشر ألف درهم ، فأنكر وقال كان ديني لك خمسة آلاف درهم وقد دفعته إليك وأديتها لك ، فقال : تلك الخمسة آلاف التي أديتها هل هي من تلك الألفي عشر ألفاً ؟ فقال نعم هي منها ، فهذا إقرار بالاثني عشر ألفاً لظهور أن إشارة المص في الاستفهام إلى الاثني عشر ألفاً التي كان موصوفاً بالوجوب في ذمة المص عليه ، وإلا لكان كلامه لنا عبثاً لا فائدة فيه ، وكلام المائل لا يحلّ له القدح إذا تملّح حله كل الصحة كذا في المبسوط في باب ما يكون إقراراً ، فواء أجاب المص عليه بقوله نعم هي منها بإثبات لفظ نعم على ما في بعض صور الاستفهام ، أو بقوله هي منها بدون لفظ نعم يكون ما تقدم من كلام المص كالمعاد فيه فكأنه قال نعم هي من تلك الألفي عشر ألفاً التي كان لك على ، فلو صرح بهذا لكان إقراراً فكأن هذا . قال الإمام محمد الأئمة السرخسي في المبسوط : رجل قال لأمر أقض الألف التي لي عليك فقال نعم فقد أقر بها ، لأن قوله نعم لا يستلّ بنفسه وقد أخرج خروج الجواب وهو صالح الجواب في تفسير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه ، فكأنه قال نعم أعطيك الألف التي لك على . ثم قال : وعلى هذا الأصل ينبغي بعض مسائل الباب ، وبعض المسائل بولية حلّ الله من ذكر في معرض الجواب كلام مستقل بنفسه ويكون مفهوم المص يجعل مبتدأ فيه لا يجيب إلا أن يذكر فيه مأخوذة كناية عن المال المذكور فيحفظ لأيد من أن يصل على الجواب إلى هنا عبارته . وقال الشيخ قوام الدين الإقناني في غاية البيان : الأصل ما أن ما لا يصلح للإبتداء من الكلام ويصلح للبناء فإنه يحمل مربوطاً لما تقدم ذكره ويعتبر به حتى يفيد ولا ينفرد لأنه لا يلزم من كلام المائل ما أمكن ، وإذا كان يصلح للإبتداء ويصلح للبناء فإنه يحمل مربوطاً بما تقدم ولا يعتبر به حتى لا يلزمه المال بالملك . وفي التكايف العلامة النسب : لو قال له رجل لي عليك ألف فقال أتره أو انتقده أو أجيئ أو قضيتك فهو إقرار ، لأن الكناية تنصرف إلى الألف المذكور وهو الموصوف بالجواب فكأنه قال : انتقده أو أتره أو أجيئ أو قضيت الألف الواجب لك على . وفي شرح الكنز للشيخ الحقوقي الزبيدي : الأصل في أن الجواب ينتظم إعادة الخطاب ليفيد الكلام ، فكل ما يصلح جواباً ولا يصلح ابتداءً يحمل جواباً ، وما يصلح للإبتداء أو يصلح لهذا فإنه يحمل ابتداءً لوقوع الفك في كونه جواباً لتلازم المال بالملك ، فإن ذكر الماه في الكناية يصلح جواباً لا ابتداءً ، وإذا لم يذكر الماه لا يصلح جواباً فلا يكون إقراراً بالملك . هذا إذا كان الجواب مستقلاً ، وإذا كان غير مستقل كقوله نعم يكون إقراراً مطلقاً لأنه غير

ابتداء ، ألا يرى أنه لا يصح الإقرار بالطلاق والعتاق مع الإكراه ، والإنشاء يصح مع الإكراه عندنا ، ولهذا قالوا : لو أقر بغيره بمال والمقر له يعلم أنه كاذب في إقراره لا يحل له تحمده عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن يسلمه بطلب من نفسه فيكون تحمليكا مبتدأ على سبيل الطية ، والمالك يثبت للمقر بلا تصديق وقبول ولكن يبطل برده ، والمقر له إذا صدقه ثم رده لا يصح رده ، كذا في الكافي وغيره . وقال صاحب النهاية ومن يحق حله : وحكمه لزوم ما أقر به على المقر ، وعمله إظهار الخبر به لغيره لا التحميك به ابتداء . ويدل عليه مسائل : إحداهما أن الرجل إذا أقر بعين لا يملكه يصح إقراره حتى لو ملكه المقر يوما من الدهر يؤمر بتسليمه إلى المقر له ، ولو كان الإقرار تحمليكا مبتدأ لما صح ذلك لأنه لا يصح تحميك ما ليس بمملوك له . والثانية أن الإقرار بالخمر للمسلم يصح حتى يؤمر بالتسليم إليه ، ولو كان تحمليكا مبتدأ لم يصح . والثالثة أن المريض الذي لا دين عليه إذا أقر بجميع ماله لا يجني صح إقراره ولا يتوقف على إجازة الورثة ، ولو كان تحمليكا مبتدأ لم ينقل إلا بقدر الثلث عند عدم إجازتهم . والرابعة أن العبد المأسون إذا أقر لرجل بعين في يده صح إقراره ، ولو كان الإقرار سببا للملك ابتداء كان تبرعا من العبد وهو لا يجوز في الكثير . وأما دليل كونه حجة على المقر فالكتاب والسنة وإجماع الأمة ونوع من المعقول . أما الكتاب فقوله تعالى : وليلال الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يخشن منه شيئا . بيانه أن الله تعالى أمر بإعلامه من عليه الحق ، فلم يلزمه بالإعلام شيء ، لما أمر به والإعلام لا يتحقق إلا بالإقرار ، وأيضا نهى عن الكتمان وهو آية على لزوم ما أقر به كما فيهمى الشهود عن كتمان الشهادة . وقوله تعالى : قال ما أقروتم ولتعدن على ذلك إصرى قالوا أقروا . بيانه أنه طلب منهم الإقرار ، ولو لم يكن الإقرار حجة لما طلبه . وقوله تعالى : كونوا قوامين بالقسط شهادة الله ولعول أنفسكم . قال المفسرون : شهادة الموء على نفسه إقرار . ونحوه تعالى : بل الإنسان على نفسه بصيرة . قال ابن عباس رضى الله عنهما : أى شاهد بالحق . وأما السنة فأروى : أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم معاذا بأقراره بالزنا والغفدية بأعترافها ، وقال في قصة العيسف : واغد يا أنيس إلى امرأته هذا فإن اعترفت فارجمها ، فأثبت الحديث بالاعتراف ، والحديثان مشهوران في كتب الحديث ، فلم لم يكن الإقرار حجة لما طلبه وأثبت الحد به وإذا كان حجة في يندرى بالشبهات فلأن يكون حجة في غيره أولى ، وأما الإجماع فإن المسلمين أجمعوا على كون الإقرار حجة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير تكثير . وأما المعقول فلأن الخبر كان مترددا بين الصدق والكذب في الأصل ، لكن ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعي إلى الصدق والصارف عن الكذب ، لأن عقله ودينه يحمله على الصدق ويحجانه عن الكذب ، ونفسه الأمارة بالسوء ربما تحمله على الكذب في حق الغير ، أما في حق نفسه فلا فصار عقله ودينه وطبعه دواعى إلى الصدق وزاجر عن الكذب ، فكان الصدق ظاهرا فيما أقر به على نفسه فوجب قبوله والعمل به .

وقد ذكر استر باحه بنفسه في كتاب البيوع المناسبة التي ذكرناها هناك بما قبله ، وذكره لنا استر باحه بغيره وهو المضاربة ،

مستقل ، وقد أخرج جوابا وهو غير صالح له فصار ما تقدم من الخطاب كلاما فيه . وذكر الإمام فخر الدين الشيرازي بقاضيان : في الكلام إذا خرج على وجه الكتمان من المال التي ادعى المصطفى يكون إقرارا إلى غير ذلك ما ذكر في الكتب المعتمدة والزرر المطولة والمختصرة ، ثم إذا كان هذا الكلام إقرارا لا يغيره الإنكار سابقا كان أولا حقا ببناء على إطلاق الكتب وهي تكن دليلا لنا في أمثال ذلك ، ومن ادعى التقييد بمسمى سبق الإنكار فعليه البيان والإظهار . وما يجري مجرى الشاهد لما ذكرنا من أن ذلك إقرار ماذكر في أكثر كتب الفتاوى ، وهو لو قال دمرنا أربعين جله ينج دهم فادع فيستدعي يكون إقرارا بجميع ما ادعى لأن الجمله إشارة إلى ما ادعى من حقه عليه فإنه في غاية القرب من تلك المسئلة المتنازع فيها . فإن قيل : قد ذكر فيها أيضا أنه لو قال : ينج دهم فادع فيستدعي لا يكون إقرارا فالفرق بينهما حتى تكون إحداهما إقرارا دون الأخرى . وفي الخاتمة : رجل ادعى على رجل ألفا فقال للمدعى عليه أعطيك دموالك لم يكن إقرارا ، وكذلك لو قال المدعى عليه أعرض دموالك فبرأ ، أو قال ألقى الدماء لم يكن إقرارا ، ولو قال أعرض دموالك حتى يقدم مالي فأعطيكها لم يكن

قال (وإذا أقرّ الحرّ البالغ العاقل بحقّ لزمه إقراره .

(قال) أي القُدُورِي في مختصره (وإذا أقرَّ الحُرُّ البالغُ الماقلَ بِحقِّ زِمره) أي لزِمَ المُتَرَدِّ (إِقرارة) أي موجب إقراره أو ما أقرَّ به. أوَّل: يرد عليه النقص إذا عا أقرَّ الحُرُّ البالغُ الماقلَ بِحقِّ مكرها فإنه لا يلزمه إقراره، فكان لا بد من ذكر الطالع أيضًا. لا يقال: تركه اعتيادًا على ظهور كون الطوع والرضا من شروط صحة الإقرار. لأننا نقول: ليس ظهوره بمثابة ظهور اشتراط العقل والبلوغ اللذين هما مدار الأحكام كلها ولم يتركهما

وإن لم يستريح فلا يخلو إما أن يحفظه بنفسه أو بغيره ، ولم يذكر حفظه بنفسه لأنه لم يتعلق به حكم في المعاملات فبقى حفظه

[illegible]

• حل لأصحاب لا يفتي بشاره • قال الإمام غفر الله له في الميسوق في مسئلة ما لو قال أَسْرَجَ دَابَّتِي هَذِهِ أَوْ أَجْعَلُ هَذَا أَوْ أَطْعِمَ بَرَجَ بَقْلِي هَذَا أَوْ أَجْعَلُ بَقْلِي هَذَا فقال لا حيث لا يكون إقراراً في عامة الروايات ، إذ لا جواب هو ثلثي فيكون موجباً عند موجب جواب هو إثبات وهو قوله نعم ، وإذا جعل ذلك إقراراً عرفنا أن هذا لا يكون إقراراً ، وهذا لأنه في جميع سابق ذكره فكأنه قال لا أطع بك وليس الليل والسرور والجماع لك هذا هذا القائل صانع لئلا يجمع على التثنية ، مع أن قوله لا أطع بك إقرار في بعض الروايات . وقد استدل بعض أصحاب المصلحة بكون الجواب المذكور إقراراً بما إذا قال هي مع لزومه القول والاعتراض بأن بعضه خلاف قول هذا إقرار بالمصلحة كما نقوله فبعضها مبني أو أعتقت شيئاً ثانياً . أقول : فإنه إذا قال أما خبيرة فلان فلا لزوم إقراره بأن خبيرة فلان خبيرة فبعضه مبني مع أنه ليس إقراراً بالألف ، ويجوز أن يجاب بأن لزوم تقييد الإلثبات بقوله مبني غير مسلم بل اللازم أما خبيرة فلان فليس بغير .

(تأليف) قال في المحیط في أول باب الإقرار بالبراءة وغيرها : قال هویری من مال عليه يتناول البدون لأن كلمة لا تستعمل إلا في البدون فلا يدخل تحتهما الإثباتات. ولوقال من مال عنه يتناول الإثباتات دون المصوبات لأن كلمة عنه تستعمل في الإثباتات دون المصوبات ؛ ألا يرى لو قال لفلان عنی أنف درهم كان إقرارا بالأمانة والبراءة عن الأعيان بالإسقاط والإبراء ، حتى لو قال أبرأتك من هذه العين لاتصع لو قال لتقبل الإثباتات ، فأما ثبوت البراءة من الأصل أو رد العين إلى صاحبه صحیح حتى لو قال لا ملک لی في هذه العين ثم ادعی أنها لی تمسح إدعاء . وثبوته هویری من مال عنه إخبار عن ثبوت البراءة وليس إخباره فیسلم له في سبب يتصور بملك ذلك وهو التي من الأصل أو الرد إلى صاحبه تمسحها لتصرفه . وقال في المحیط في هذا الباب : لو قال كل من لي عليه دين يهره بـ منه لأبرأ غرامه من دونه إلا أن يقصد رجلا يمينه فيقول هذا بـرى من مالي عليه أو قبيلة فلان وحم حضور . وكذلك لو قال استوفيت جميع مالي على الناس من البدون لأبصر ما عرفت في كتاب الحقة في باب مية الابن . وقال في المحیط في باب الإقرار بالحق والكتابة والتبدير : أقر أنه عقد عبده أسس وهو كاذب يمتنع قضاء لإدلائه ، لأن الظاهر أن المالك صادق في إقراره وإخباره بأعيان عقله ودينه ، فإذا ادعی الكذب فيه فقد ادعی خلاف الظاهر فلا يصحقه القاضي لأنه مطلع على الظاهر لاعل التبدير . ويصدق ديانة لأن الله تعالى مطلع على ضميره . ولو أقر أنه أعقب عبدا غدا فلا بد من هذا العقد لأن كلمة لا بل الرجوع من الأول وإقامة الثاني مقامه ، وإقامة الثاني مقام الأول صحیح والرجوع من الأول لأبصر كما في الطلاق . تمت الرسالة .

(قال المصنف : وإذا أقر الحر البالغ العاقل بالغ) أقول : بآل أثره في كونه المقر حراً ليس بشرط حتى يحس إقرار السيد ويقتل . في الحال السابق لا يمتنع فيه كالنكاح والعتق ، وفيها فيه تمتع لا يمتنع فيه في الحال لأنه إقرار قبل التبرع وهو الموقوف ، ويواظب به بعد التبرع . والزوال المانع ولا يؤثر ما إذا أقر الحر لغيره من عباده ولو كان لا يمتنع الحال ، وإذا ملكها يؤمر بتسليمها إلى المقر له زوال المانع انتهى . في مخالفت هذا كونه المانع لأن المصنف جاز الحرية لغيره لزوم موجب إقراره في الحال في ما هو المعلوم من قوله ثم إقراره لا لصحة الإقرار فيلتزم ، فإن ظاهر قوله ليسح إقراره مطلقاً ، وقوله لا يصح إقراره بملك غيره مذكراً ، وبأنه تأويل لزمه .

مجهولاً كان ما أقر به أو معلوماً) اعلم أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق، وأنه ملزم لوقوعه دلالة ؛ ألا ترى كيف أزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزاً رضى الله عنه الرجم بإقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لتصوير ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه . وشرط الحرية ليصبح إقراره مطلقاً، فإن العبد المأذون له وإن كان ملحقاً بالحر في حق الإقرار ،

(مجهولاً كان ما أقر به أو معلوماً) هذا أيضاً لفظ القنوري؛ يعنى لافرق في صحة الإقرار ولو ممة بين أن يكون مأقر به معلوماً أو مجهولاً كما سيأتى تفصيله . قال المصنف (اعلم أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق) أراد بهذا التنبيه على أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق فيما مضى لا إنشاء الحق ابتداءً لئلا يرد الإشكال بصحة الإقرار بمحض المسلم وغير ذلك من المسائل المبنية على كون الإقرار إخباراً عما ثبت فيما مضى لا إنشاء في الحال كما يبتلها فيما مر ، ولم يرد بذلك تعريف الإقرار حتى يرد عليه أنه يتناول الدعوى والشهادة أيضاً فلم يكن مانعاً من دخول الأفيار كما زعم بعض الشراح (وأنه ملزم) أى وأن الإقرار ملزم على المقر ما أقر به (لوقوعه) أى لوقوع الإقرار (دلالة) أى دليلاً على وجود الخبر به كما يشهد به الكتاب والسنة وإجماع الأمة ونوع من المقول على ما فصلناه فيما مر . وقد أشار المصنف رحمه الله إلى بعض منها بقوله (ألا ترى كيف أزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزاً الرجم بإقراره) أى بإقراره بالزنا (وتلك المرأة) أى وكيف أزم تلك المرأة وهى الغامدية الرجم (باعترافها) أى بغير أنها بالزنا أيضاً، فإذا كان ملزماً فيما يندرج بالشبهات فلأن يكون ملزماً في غيره أولى كذا قالوا . أقول : يرد على ظاهره منع إطلاق هذه الأولوية فإن العبد المحجور عليه يصبح إقراره بالحدود والقصاص ولا يصح إقراره بالمالك على ما ذكره المصنف فيما سيأتى فكان ملزماً في حقه ما يندرج بالشبهات دون غيره فتأمل في الدلف (وهو) أى الإقرار (حجة قاصرة) أى قاصرة على نفس المقر . غير متعدي إلى الغير (لصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه) أى على المقر نفسه ، حتى لو أقر مجهول الأصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على أولاده وأمهاتهم ومديره ومكاتبه ، لأنه قد ثبت حق الحرية أو استحقاق الحرية هؤلاء خلا يصدق عليهم ، بخلاف البيئة فلها تعبير حجة بالقضاء والقاضى ولاية عامة فتنتدى إلى الكل ، أما الإقرار فلا يغتفر إلى القضاء فينفذ في حق المقر وحده ، كلما في الكافي وغيره . واعلم أن هذا لا ينافى ما ذكرنا أن الإقرار حجة شرعية فوق الشهادة بناء على انتفاء التهمة فيه ، لأن القوة والضعف وراء التعدية والاقتصار ، فالتصايف الإقرار بالاقتصار على نفس المقر والشهادة بالتعدية إلى الغير لا ينافى انتصافه بالقوة ، وانتصافها بالضعف بالنسبة إليه بناء على انتفاء التهمة فيه دونها (وشرط الحرية ليصبح إقراره مطلقاً) أى في المبال وغيره (فإن العبد المأذون له وإن كان ملحقاً بالحر في حق الإقرار) حتى إذا أقر بدين لرجل

بغيره وهو الرديعة . قال (وإذا أقر الحر البالغ المائل) الإقرار مشتق من القرار فكان في اللغة حجارة عن إثبات ما كان مترزلاً ، وفي الشريعة حجارة عن الإخبار عن ثبوت الحق ، وشروطه ستذكر في أثناء الكلام ، وحكمه أنه ملزم على المقر ما أقر به لوقوعه دلالة على الخبر به ، فإن المال محبوب بالطبع فلا يقر لغيره كاذباً ، وقد اعتضد هذا المقول بقبوله صلى الله عليه وسلم الإقرار والإزامن به في باب الحدود فإنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزاً بإقراره والغامدية بغيرتها ، فإنه إذا كان مأزماً فيما يندرج بالشبهات فلأن يكون ملزماً في غيره أولى ، وهو حجة قاصرة ، أما حجته فلما تبين أنه ملزم وغير الحجة غير ملزم ،

(قوله وفي الشريعة حجارة عن الإخبار عن ثبوت الحق الخ) أقول : لعله ينتقض بالإقرار بأنه لاسق لعل فلان وبالإبراء وبإسقاط الدين ونحوه كإسقاط حق الشفعة ، إلا أن يقال : لغير هو الإقرار في الأموال كما يدل عليه ما ذكر في الدليل للمقول . ووجه التقديم وفيه تأمل . قال الإمام العلامة الكاكي في شرح قولهم حجارة عن الإخبار عن ثبوت الحق: أى الحق المعلن على نفسه انتهى . وفي عبارة التبيين تأمل ، إلا أنه لا بد من قيد على نفسه فيمتاز عن الدعوى والشهادة . وقال الكاكي : وسببه إرادة إسقاط الواجب عن ذمته انتهى . وقال في النهاية وركبته الألفاظ المذكورة فيما يجب به موجب الإقرار على المقر انتهى (قوله لوقوعه دلالة) أقول : فيه نوع مصادرة ، وينبغي بالتسليم إلى كذا بحد أسطر (قوله على الخبر به) أقول : كوجوب المال إذا قال له على كذا (قوله ما أصبح به) أقول : دليل من الشكل الثاني

لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص

أو بوجبة أو عارية أو غصب يصح (لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص) قال صاحب العناية : وكان هذا اعتدالاً عن قوله إذا أقر الحر ، ولعله لا يحتاج إليه لأنه قال : إذا أقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح ، وأما أن غير الحر إذا أقر لزم أو لم يلزم فساكت عنه فلا يرد عليه شيء له . أقول : ليس مذكوره بصحيح ، إذ قد صرحوا في مواضع شتى من هذا الكتاب وغيره بأن التخصيص بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بخلاف ، حتى أن الشارح المذكور قال في أواخر فصل القراءة من باب النوازل من كتاب الصلاة : فلان قيل : التخصيص بالذكر لا يدل على النفي قلنا : ذلك في النصوص دون الروايات انتهى . فكيف يصح قوله هاهنا ، وأما أن غير الحر إذا أقر لزم أو لم يلزم فساكت عنه ، ولو سلم أن لزوم إقرار غير الحر وعدم لزومه مسكوت عنه لا يقصدني لزوم ذلك بطريق مفهوم المخالفة لم يصح قوله فلا يرد عليه شيء ، إذ يرد عليه حينئذ استدراكه قيد الحر فيحتاج إلى الاعتذار عن ذكره . وقال صاحب العناية : ويصح أن يقال : ليس بمعذرة ، وإنما هو لبيان التفرقة بين العبد في حصة آقاريهم بالحدود والقصاص وحجر المحجور عن الإقرار بالمال دون المأذون له انتهى . أقول : ليس هذا أيضاً بصحيح ، أما أولاً فلأنه لا يشك العاقل الناظر إلى قول المصنف وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقاً بلخ في أن مراده هو المعذرة عن ذكر قيد الحر لبيان التفرقة بين العبد . وأما ثانياً فلأنه لو كان قول المصنف هذا لبيان التفرقة بين العبد لما كان لذكر قوله ويصح بالحدود والقصاص موقع ، إذ لا مدخل له في الفرق بينهما بل هو غلط بل لأنهم متحدون في حصة آقاريهم بالحدود والقصاص ، فاحتمل الصحيح لكلام المصنف هاهنا على فرض أن لا يكون المقصود منه المعذرة إنما هو بيان الفرق بين القيود الثلاثة الواقعة في كلام القدوري بأن قيد الحرية شرط صحة الإقرار مطلقاً لا شرط صحة مطلق الإقرار ، بخلاف القيدين الآخرين : أهني البلوغ والعقل تأمل توقف . ثم أقول : ينبغي بحث في كلام المصنف ، أما أولاً فلأن كون العبد المأذون ملحقاً بالحر في حق الإقرار كما يدل عليه قوله فإن العبد المأذون وإن كان ملحقاً بالحر في حق الإقرار غير مسلم ، فإنهم صرحوا بأن العبد المأذون لا يصح إقراره بالمهر والكفالة وقتل الخطأ وقطع رجل عدا أو خطأ لأنها ليست بتجارة وهو مسقط على التجارة لا غير ، ولا شك في صحة إقرار الحر بتلك الأمور فكان العبد المأذون ممن لا يصح إقراره مطلقاً بخلاف الحر ، اللهم إلا أن يحمل قوله فإن العبد المأذون وإن كان ملحقاً بالحر في حق الإقرار على الفرض والمبالغة . وأما ثانياً فلأن إقرار العبد المحجور عليه بالمال نافذ في حق نفسه ، ويلزمه المال بعد الحرية وإن لم يلزمه في الحال كما صرح به في كتاب الحجر ، فما معنى نفي صحة إقراره بالمال هاهنا بقوله لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال . لا يقال : مراده هاهنا أن إقراره بالمال لا يصح في الحال لا أنه لا يصح مطلقاً فيوافق ما ذكره في كتاب الحجر . لأننا نقول : لا شك أن مقصوده هاهنا توجيهه

وأما قصوره لعدم ولاية المقر على غيره وتحقيقه أن الإقرار غير متردد بين العبد والكذب فكان محتملاً ، واحتمل لا يصح حجة ولكن جعل حجة يرجع جانب الصدق بانتفاء التهمة فيما يقر به على نفسه والتهمة باقية في الإقرار على غيره فينبى على التردد الثاني لصلاحة الحجية وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقاً ، فإن العبد المأذون له وإن كان ملحقاً بالحر في حق الإقرار ولكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص ، وكان هذا اعتدالاً عن قوله إذا أقر الحر ولعله لا يحتاج إليه لأنه قال : إذا أقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح ، وأما أن غير الحر إذا أقر لزم أو لم يلزم فساكت عنه فلا يرد عليه شيء ، ويصح أن يقال : ليس بمعذرة ، وإنما هو لبيان التفرقة بين العبد في حصة آقاريهم بالقصاص والحدود وحجر المحجور

(قوله ولعله ، إلى قوله : فلا يرد عليه شيء) أقول : أتت غير بأنهم صرحوا ومنهم صدر التهمة في باب المهر بأن التخصيص بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بخلاف ، فتقوله ساكت عنه غير مسلم ، ولو سلم فالتسكوت في هذا المقام يحتاج إلى المعذرة (قوله ويصح أن يقال ليس بمعذرة) أقول : كونه معذرة هو الظاهر الجلي (قوله وإنما هو لبيان التفرقة بين العبد) أقول : التفرقة الأولى ليست بين العبد بل بين إقرار العبد المحجور ، ولعل قوله بين العبد من قبيل التعليل (قوله وحجر المحجور) أقول : صنف على حصة

لأن إقراره عهد موجباً لتعلق الدين بربقته، وهي مال المولى فلا يصدق عليه، بخلاف المأذون لأنه مسلط عليه من جهته، وبخلاف الحد والدم لأنه مبقى على أصل الحرية في ذلك، حتى لا يصح إقرار المولى على العبد فيه،

اشتراط الحرية في مسئلة الكتاب، والمذكور في جواب هذه المسئلة لزوم الإقرار مطلقاً: أى بلا تقييد بالحال فلا يتم التقريب، وأيضاً عدم لزوم في الحال يوجد في الحر أيضاً كما إذا أقر بالدين المؤجلة، وكذا إذا أقر لإنسان معين مملوكة لغيره فإنه لا يلزمه في الحال، وإذا ملكها يوماً يلزمه ويؤثر بتسليمها إلى المقر له، على أن الذى ذكره المصنف هاهنا عدم صحة إقرار العبد المحجور عليه بالمال لعدم لزومه، ولا يلزم من عدم لزوم إقراره بالمال في الحال كما ذكره في كتاب الحجر عدم صحة إقراره به في الحال فلا يتم التوفيق، اللهم إلا أن نحمل الصحة هاهنا على التزوم. قال في البدائع: وأما الحرية فليست بشرط لصحة الإقرار، فيصح إقرار العبد المأذون بالدين والعين لما بينا في كتاب المأذون، وكذا بالحدود والقبض، وكذا العبد المحجور يصح إقراره بالمال لكن لا ينفذ على المولى للحال حتى لا يتابع رقبته بالدين، بخلاف المأذون، إلا أنه يصح إقراره في حق نفسه حتى يوانح به بعد الحرية لأنه من أهل الإقرار لوجود العقل والبلوغ إلا أنه امتنع النفاذ على المولى للحال لحقه، فإذا حق فقد زال المانع فيوانح به، وكذا يصح إقراره بالحد والقبض فيوانح به للحال، لأن نفسه في حق الحدود والقبض كالمخرج عن ملك المولى، ولهذا أو أقر المولى عليه بالحد والقبض لا يصح انتهى. وقال في التبيين: تكون المقر حراً ليس بشرط حتى يصح إقرار العبد وينفذ في الحال فيها لاثمة فيه كالحدود والقبض، وفيها فيه ثمة لا يوانح به في الحال لأنه إقرار على الغير وهو المولى، ويوانح به بعد العتق لزال المانع، وهو نظير ماله أقر الحر لإنسان معين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال، وأما إذا ملكها يوماً يؤثر بتسليمها إلى المقر له لزال المانع انتهى. قال المصنف في تعليق مجموع ما ذكره هاهنا (لأن إقراره) أى إقرار العبد المحجور عليه (عهد) أى عرف (موجباً لتعلق الدين بربقته) لأن ذمته ضعفت بالرق فأنضمت إليها مالية الرقبة، كلها في الكافي وغيره (وهى) أى رقبة العبد المحجور عليه (مال المولى فلا يصدق عليه) أى على المولى لقصور المحبة بخلاف المأذون لأنه أى المأذون (مسلط عليه) أى على الإقرار (من جهته) أى من جهة المولى لأن الإذن له بالتجارة إذن له بما لا بد منه لتجارة وهو الإقرار، إذ لو لم يصح إقراره المحسم عليه باب التجارة، فلان الناس لا يبايعونه إذا علموا أن إقراره لا يصح، إذ قد لا يبيعاً لم الإشهاد في كل تجارة يعملونها معه، كلها في مبسوط شيخ الإسلام والخميرة (وبخلاف الحد والدم) أى القبض (لأنه) أى لأن العبد (مبقى على أصل الحرية في ذلك) أى في الحد والدم وتأويل المذكور، أو يحراز استعمال ذلك في المتن أيضاً كما قالوا في قوله تعالى - عوان بين ذلك - (حتى لا يصح إقرار المولى على العبد فيه) أى فيما ذكر من الحد والقبض لأن وجوب العقوبة بناء على الجنابة والجنابة بناء على كونه مكلفاً وكونه مكلفاً من خواص الأدمية

عن الإقرار بالمال دون المأذون له. وقوله (لأن إقراره الخ) دليل ذلك المجموع، والضمير في إقراره للمحجور عليه: أى إقرار المحجور عليه عهد موجباً لتعلق الدين بربقته وهي مال المولى فلا يصدق عليه لقصور المحبة، بخلاف المأذون له لأنه مسلط على الإقرار من جهة المولى، لأن الإذن بالتجارة إذن بما يلزمها وهو دين التجارة لأن الناس لا يبايعونه إذا علموا أن إقراره لا يصح، إذ قد لا يبيعاً لم الإشهاد في كل تجارة يعملونها معه، وبخلاف الحدود والقبض لأن العبد فيها مبقى على أصل الحرية حتى لا يصح إقرار المولى عليه في ذلك، لأن وجوب العقوبة بناء على الجنابة والجنابة بناء على كونه مكلفاً وكونه مكلفاً من خواص الأدمية والأدمية لا تزول بالرق، ولا بد من البلوغ والعقل لأن إقرار الصبي والمجنون غير لازم لعدم أهلية

(قوله وهى مال المولى) أقول: قوله وهى راجع إلى الرقبة (قال المصنف: بخلاف المأذون) أقول: 'فيما هو من باب التجارة، وأما فيما ليس كذلك من المال فيأخر كإقراره بالهر بوط امرأة تزوجها بغير إذن مولاه، وكذا إذا أقر بجنابة موجبة لحد (قوله بما يلزمها وهو الخ) أقول: قوله هو راجع إلى الموصول (قوله لأن الناس لا يبايعونه الخ) أقول: فيه تأمل (قوله لأن وجوب العقوبة بناء الخ) أقول: ما ذكره لا ينفذ ماله قيل في إقراره بالقبض إهلاك رقبته التي هي مال للمولى فيكون إقراره على الغير، والأول أن يستدل عليه بما.

ولا بد من البلوغ والعقل لأن إقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام، إلا إذا كان الصبي مأذونا له لأنه ملحق بالبالغ بحكم الإذن، وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار، لأن الحق قد يلزم مجهولا بأن أتلف مالا لا يدرى قيمته أو يبرح جراحة لا يعلم أضرارها أو تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه، والإقرار إخبار عن ثبوت الحق فيصح به، بخلاف الجهالة في المقر له لأن المجهول لا يصلح مستحقا،

والأدعية لاتزول بالرق، وكذا في الشروح. قال بعض الفضلاء: هذا الاستدلال لا يدفع ما لو قيل في إقراره بالقصاص إهلاك رقبته التي هي مال المولى فيكون إقرارا على الغير. والأولى أن يستدل عليه بما في كتب الأصول انتهى. أقول: بل ذلك مدفوع لأن المقصود بالقصاص إهلاك النفس، وإهلاك ماله بقرينة العبد إنما هو بالتبع فلا يكون إقراره بالقصاص إقرارا على الغير بالنظر إلى ما هو المقصود منه أصالة، ولا يضره لزوم إهلاك مال الغير بالتبع، إذ كم من شيء يثبت ضمانا ولا يثبت أصالة وذكر في كتب الأصول أن العبد يصبح منه الإقرار بالحد والقصاص والسرقة المستهلكة، لأن الحياة والدلم حقه لا يحتاجه إليهما في البقاء، ولهذا يملك المولى إتلافهما. ولا يخفى أن ما تورمه ذلك القائل يتوجه إلى ما ذكر فيها أيضا والمخلص ماحققناه (ولا بد من البلوغ والعقل لأن إقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام) فلا يلزم إقرارهما شيء (إلا إذا كان الصبي مأذونا له) فيحتل بصحة إقراره في قدر ما أذن له فيه (لأنه ملحق بالبالغ بحكم الإذن) لا يغير رأيه برأى الولي فيعتبر كالبالغ والتأم والمضى عليه كالمجنون لأنها ليسا من أهل المعرفة والتمييز، وهما شرطان لصحة الإقرار، وإقرار السكران جائز بالحقوق كلها إلا بالحدود الخالصة، والردة بمنزلة سائر التصرفات تنفذ من السكران كما تنفذ من الصالح، وكذا في الكافي ومراجع الدراية (وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار) يعني لو كان المقر به مجهولا بأن قال المقر فلان حل شيء أو حق يصبح الإقرار ويلزمه ما أقر به (لأن الحق قد يلزم مجهولا) يعني أن الحق قد يلزم الإنسان مجهولا بأن أتلف مالا لا يدرى قيمته أو يبرح جراحة لا يعلم أضرارها (لأن الواجب في الجراحات أن يستأني حولا فلا يعلم في الحال موجه) أو تبقى عليه بقية حساب لا يحيط به (أى بما تبقى من الحساب) علمه والإقرار إخبار عن ثبوت الحق فيصح به (أى فيصح بكون المقر به مجهولا. فمن قلت: الشهادة إخبار عن ثبوت الحق أيضا ومع ذلك تمتنع صحتها بجهالة المشهود به فما الفرق بينهما. قلت: الشرع لم يجعل الشهادة حجة إلا بعد العلم بالمشهود به، قال الله تعالى - إلا من شهد بالحق وهم يعلمون - وقال النبي صلى الله عليه وسلم إذا رأيتم مثل الشمس فاشهد ولا فده، وأن الشهادة لا توجب حقا إلا بانضمام القضاء إليها، والقضاء بالمجهول لا يتصور، أما الإقرار فوجب بنفسه قبل اتصال القضاء به، وقد أمكن إزالة الجهالة بالإيجاب على البيان فيصح بالمجهول ولهذا لا يصح الرجوع عن الإقرار ويصح الرجوع عن الشهادة قبل اتصال القضاء بها، وكذا في الميسوط (بخلاف الجهالة في المقر له) يعني أنها تمنع صحة الإقرار (لأن المجهول لا يصلح مستحقا) ذكر شيخ الإسلام في ميسوطه والناطقي في واقعاته أن جهالة المقر له إنما تمنع صحة الإقرار إذا

الالتزام إلا إذا كان الصبي مأذونا له، لأنه بحكم الإذن ملحق بالبالغين ولا يشترط كون المقر به معلوما فجهالته لا تمنع صحة الإقرار إخبار عن لزوم الحق والحق قد يلزم مجهولا بأن أتلف مالا لا يدرى قيمته أو يبرح جراحة لا يعلم أضرارها أو تبقى عليه بقية حساب لا يحيط به علمه بالإقرار قد يلزم مجهولا. وعورض بأن الشهادة إخبار عن ثبوت الحق للمدعي، والحق قد يلزم له مجهولا بالشهادة قد تلزم مجهولة وليست بصحيحة. وأجيب بأن العلم بالمشهود به شرط بالنص وانفاؤه يستلزم انقضاء

في كتب الأصول (قوله لأنه بحكم الإذن ملحق بالبالغين) أقول: لدلالة الإذن على عقله (قوله وعورض، إلى قوله: وليست بصحيحة) أقول: ويجوز توجيهه نقضا بل ذلك أظهر، ثم قوله وليست بصحيحة ممنوع كما نص عليه الزيلعي في أول الدعوى (قال المصنف: بخلاف الجهالة في المقر له) أقول: هذا الكلام في الشرع ناظر إلى قوله ولا يشترط كون المقر له معاموا، قال العلامة النسفي: إذا كانت متفاحفة. بأن قال هذا العبد لو احدث من الناس لأن المجهول لا يصلح مستحقا وإن لم تكن بأن أقر أنه غصب هذا العبد من هذا أو من هذا فإنه لا يصح هذا الإقرار عنه غش الأئمة السرخسي لأنه إقرار بالمجهول. وعقائده الجبر على البيان ولا يجبر على البيان فلا يفيد. وقيل يصح وهو الأصح لأنه

(ويقال له بين المجهول) لأن التجهيل من جهته فصار كما إذا اعتق أحد عبديه (فإن لم يبين أجره القاضى على البيان) لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره وذلك بالبيان (فإن قال لقائل على شيء لزمه أن يبين ماله قيمة لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته ، ومالا قيمة له لا يجب فيها ، فإذا يبين غير ذلك يكون رجوعا . قال (والقول قوله مع عينه إن ادعى المقر له أكثر من ذلك)

كانت متفاحشة بأن قال هذا العبد لواحد من الناس ، أما إذا لم تكن متفاحشة بأن قال هذا العبد لأحد هذين الرجلين فلا تمتع ذلك . وقال خمس الأئمة السرخسى : لا يصح الإقرار في هذه الصورة أيضا لأنه إقرار للمجهول ، وأنه لا يفيد لأن فائدته الجبر على البيان ، ولا يبر على البيان هاهنا لأنه إنما يجبر لصاحب الحق وهو مجهول . وفي الكافي : والأصح أنه يصح لأنه يفيد ، إذ فائدته وصول الحق إلى المستحق وطريق الوصول ثابت لهما إذا اتفقا على أخذه فلهما حق الأخذ انتهى . قال في شرح الطحاوى : وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الإقرار ، نحو أن يقول لرجل لك على أحدنا ألف درهم لأن المقضى عليه مجهول ، وهكذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب نقلا عنه . أقول : في تمثيل جهالة المقر بالمثل المذكور نظر ، إذ الظاهر أن الجهالة فيه في المقر عليه لا في المقر لأنه متعين وهو المتكلم ، والأولى في تمثيل ذلك أن يقال نحو أن يقول لرجل أحد من جماعة أو من اثنين لك على ألف ولا بدري أيهم أو أيهما قال ذلك (ويقال له بين المجهول) هذا لفظ القندورى في مختصره : يعنى يقال للمقر فيما أقر بمجهول يبين المجهول (لأن التجهيل من جهته أى من جهة المقر : يعنى أن الإجمال وقع من جهته فعليه البيان ، ولكن لا بد أن يبين شيئا يثبت ديننا في اللمة قل "أكثر نحو أن يبين حبة أو فلسا أو جوزة أو ما أشبه ذلك ، أما إذا يبين شيئا لا يثبت في اللمة فلا يقبل منه نحو أن يقول عنيت حق الإسلام أو كفا من تراب أو نحوه ، كذا في شرح الطحاوى ، وذكر في غاية البيان (فصار كما إذا اعتق أحد عبديه) أى فصار إقراره بالمجهول كما إذا اعتق أحد عبديه في وجوب البيان عليه (فإن لم يبين) أى فإن لم يبين المقر ما أبهله أجره القاضى على البيان لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره (بالباء الجارة . وفي بعض النسخ : يصريح إقراره (وذلك) أى الخروج عما لزمه بصحيح إقراره (بالبيان) لآخره ، وبه قال الشافعى ومالك وأحمد وعن الشافعى في قول : إن وقع الإقرار بالمجهول في جواب دعوى وامتنع عن التصيير يجعل ذلك إنكارا منه ويعرض آخيه عليه فإن أصر جعل ناكلا عن البين وحلف المدعى ، وإن أقر ابتداء يقال للمقر له ادع حقه فإذا ادعى وأقر أو أنكركم يحرم عليه حقه كذا في معراج الدراية (فإن قال لقائل على شيء لزمه أن يبين ماله قيمة) هذا لفظ القندورى في مختصره . قال المصنف في تعليقه (لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته) كما يدل عليه لفظه على لأنها للإيجاب والإلزام (وما لاقية له لا يجب فيها) أى في اللمة (فإذا يبين غير ذلك) أى غير ما له قيمة (يكون رجوعا) عن الإقرار فلا يقبل (قال) أى القندورى في مختصره (والقول قوله) أى قول المقر (مع عينه إن ادعى المقر له أكثر من ذلك) أى بما بينه ، يعنى إذا يبين المقر ما له قيمة بما يثبت في اللمة

المشروط ، بخلاف جهالة المقر له فإنها تمنع صحة الإقرار لأن المجهول لا يصلح مستحقا ، وكذلك جهالة المقر مثل أن يقول لك على واحد من ألف ، وإذا أقر بالمجهول يقال له يبين المجهول لأنه المجهول غايه البيان ، كما إذا اعتق أحد عبديه فإن لم يبين أجره . الحاكم على البيان لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره بالباء الجارة . وفي بعض النسخ : تصريح إقراره ، وذلك أى الخروج إنما يكون بالبيان ، فإن قال له على شيء حازم معان يبين ما له قيمة لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته ومالا قيمة له لا يجب في اللمة فيكون رجوعا عن الإقرار وذلك باطل ، فإذا يبين ماله قيمة بما يثبت في اللمة ميلا كان أو موزونا أو حديدا نحو كثر حطعة أو فلس أو جوزة ، فلما أن يساعده المقر له أولا . فإن ساعده أخذه ولا فاقول قول المقر عينه ، لأن المقر له يدعى الزيادة عليه وهو منكرك ، وكذلك إذا قال لقائل على حق لما بينا أنه أخبر عن الوجوب ، وكذا لو قال غصبت منه شيئا وجب عليه أن يبين

يفيد لأن فائدته وصول الحق إلى المستحق وطريق الوصول ثابت ، لانهما إذا اتفقا على أخذه فلهما حق الأخذ انتهى . وظاهر أن غنبار

لأنه هو المنكر فيه (وكذا إذا قال لفلان على حق) لما بينا ، وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب أن يبين ما هو مال يجرى فيه التامع تعويلا على العادة .

مكيلا كان أو موزونا أو حديدا نحو كرسى حنطة أو فلس أو جوزة ، فلما أن يساعده المقر له أولا ، فإن ساعده أخذه ، وإن لم يساعده بل ادعى عليه الزيادة فالتقول قول المقر مع يمينه (لأنه) أى لأن المقر (هو المنكر فيه) أى فيما يدعى عليه المقر له من الزيادة والتقول قول المنكر مع يمينه . قال المصنف (وكذا إذا قال لفلان على حق) أى لزمه هنا أيضا أن يبين ماله قيمة (لما بينا) أنه أخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها . وذكر في المحيط والمستزاد : ولو قال الرجل لفلان على حق ثم قال مفصلا غصبت به حق الإسلام لا يصدق ، وإن قال موصولا يصدق لأنه بيان يعتبر باعتبار العرف لأنه لا يراد به في العرف حق الإسلام وإنما يراد به حقوق مالية ، كذا في الكافي (وكذا لو قال غصبت منه شيئا) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف ترميها على مسألة القدوري يعنى لو قال غصبت من فلان شيئا صح إقراره ولزمه البيان أيضا . والحاصل أن كل تصرف لا يشترط لصحته وتحققه إعلام ما صادفه ذلك التصرف فالإقرار به مع الجهالة صحيح ، وذلك كالغصب والوديعة فإن الجهالة لا تمنع تحقق الغصب والوديعة ، فإن من غصب من رجل مالا مجهولا في كيس أو أودعه مالا مجهولا في كيس فإنه يصح الغصب والوديعة وينتج حكمهما ، وكل تصرف يشترط لصحته وتحققه إعلام ما صادفه ذلك التصرف فالإقرار به مع الجهالة لا يصح وذلك كالبيع والإجارة ، فإن من أقر أنه باع من فلان شيئا أو أجر من فلان شيئا أو اشترى من فلان كذا بشئ لا يصح ولا يجرى المقر على تسليم شئ ، وهذا لأن الثابت بالإقرار كالثابت معاينة ، ولو عاينا أنه باع من شيئا مجهولا لا يجب تسليم شئ به يحكم هذا البيع لكونه فاسدا فكلما إذا ثبت بالإقرار ، ولو عاينا أنه غصب شيئا مجهولا في كيس يجرى على الراد فكلما إذا ثبت بالإقرار ، وإذا صح الإقرار بالغصب مع الجهالة يجرى المقر على البيان حقا للمقر له ، كذا في الكافي والمحيط البرهاني (ويجب أن يبين ما هو مال يجرى فيه التامع تعويلا على العادة) أى اعتمادا عليها : وأصل أنه ذكر في المبسوط : رجل قال غصبت من فلان شيئا : فالإقرار صحيح ويلزمه به ما يمينه ، ولا بد أن يبين شيئا هو مال لأن الشيء حقيقة اسم لما هو موجود مالا ، كان أو غير مال ، إلا أن لفظ الغصب دليل على المالية فيه ، فإن الغصب لا يرد إلا على مال ، وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كاللفظ كقوله اشتريت من فلان شيئا يكون إقرارا بشراء ما هو مال لأن الشراء لا يتحقق إلا فيه ، ولابد أن يبين ما يجرى فيه التامع بين الناس ، حتى لو فسره بمحة حنطة لا يقبل ذلك منه لأن إقراره بالغصب دليل على أنه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى غلب عليه فغصبه وهذا ما يجرى فيه التامع ، فإذا بين شيئا بهذه الصفة قبل بيانه لأن هذا بيان مقررا لأصل كلامه وبيان التقرير يصح موصولا كان أو مفصولا ، ويستوى أن يبين شيئا يضمن بالغصب أو لا يضمن بعد أن يكون بحيث يجرى فيه التامع حتى إذا بين أن المصنوب خرفا لقول قوله وكذلك إن بين أن المصنوب دارا لقول قوله وإن كانت لا تضمن بالغصب عندنا حقيقة . واختلف المشايخ فيما إذا بين أن المصنوب زوجته أو ولده فهم من يقول : بيانه مقبول لأنه موافق لمعنى كلامه فإن لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة والتامع بدلالة العادة كما عرف في موضعه ، وقد أشار إليه بقوله (تعويلا على العادة)

ما هو مال ، حتى لو بين أن المصنوب زوجته أو ولده لا يصح ، وهو اختيار المشايخ ما وراء التبر ، وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق والأول أصح لأن الغصب أخذ مال فحكمه لا يجرى فيما ليس بمال ، ولا بد أن يبين ما يجرى فيه التامع حتى لو بين في حبة حنطة أو في قطرة ماء لا يصح لأن العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له في بيانه ، ولو بين في القمار أو خمر المسلم صح لأنه مال يجرى فيه التامع . فإن قيل : الغصب أخذ مال متقوم محرم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على القمار وخمر المسلم فلم نقض التعريف أو عدم قبول البيان فيما . فأجواب أن ذلك حقيقة ، وقد ترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه ، وقد أشار إليه بقوله (تعويلا على العادة)

المصنف ما ذهب إليه شمس الأئمة (قوله فأجواب أن ذلك حقيقة الخ) أقول : يعنى أن ذلك حقيقة شرعية ، وقد ترك الحقيقة بدلالة العادة والعرف ، فإن لفظ الغصب يطلق في العرف على المعنى الأم من المعنى الحقيقي .

(ولو قال لفلان على مال فالمرجع إليه في بيانه لأنه الجمل ويقبل قوله في القليل والكثير) لأن كل ذلك مال فإنه اسم لما يتمول به (إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم)

فيه يجرى بين الناس أكثر مما يجرى في الأموال . وأكثرهم على أنه لا يقبل بيانه بهذا لأن حكم الغصب لا يتحقق إلا فيما هو مال فيبانه بما ليس بمال يكون إنكاراً لحكم الغصب بعد إقراره بسببه وذلك غير صحيح منه ، إلى هنا لفظ المبسوط . وصرح في الإيضاح وغيره بأن الأول وهو قبول بيانه بأن المصنوب زوجته أو ولده اختيار مشايخ العراق . والثاني وهو عدم قبول بيانه بذلك اختيار مشايخ ما وراء النهر . وإذا قد عرفت ذلك تبين لك أن المصنف اختار ههنا قول مشايخ ما وراء النهر حيث قال : ويجب أن يبين ما هو مال يجرى فيه التامع تعويلاً على العادة : يعنى أن مطلق اسم الغصب ينطلق على أخذ مال مقنوم في العرف . هذا وقال صاحب الناية في شرح هذا المقام : وكذا لو قال غصبت منه شيئاً وجب عليه أن يبين ما هو مال ، حتى لو بين أن المصنوب زوجته أو ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر . وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراقي . والأول أصح لأن الغصب أخذ مال فحكمه لا يجرى فيما ليس بمال ، ولا بد أن يبين ما يجرى فيه التامع حتى لو بين في حبة حنطة أو في قطرة ماء لا يصح ، لأن العادة لم تجر بفصص ذلك فكانت مكذبة له في بيانه ، ولو بين في القنار أو في خر المسلم يصح لأنه مال يجرى فيه التامع . فإن قيل : الغصب أحكام مقنوم محرم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على القنار وخر المسلم فلم تقض التعريف أو عدم قبول البيان فيما . فالجواب أن ذلك حقيقته ، وقد ترك الحقيقة بدلالة العادة كما صرح في موضعه ، وقد أشار إليه بقوله تعويلاً على العادة ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه نظر ، أما أولاً فلأن صحة ما ذكره في هذا الجواب من أن حقيقة الغصب ترك بدلالة العادة تناقض ما ذكره في تعليل أهمية اختيار مشايخ ما وراء النهر لبيتين أن المصنوب زوجته أو ولده من أن الغصب أخذ مال فحكمه لا يجرى فيما ليس بمال ، لأن مشايخ العراق يقولون إن لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة ، والتامع فيه يجرى بين الناس أكثر مما يجرى في الأموال كما صرح به في المبسوط وغيره . وليس معنى هذا القول منهم إلا أن حقيقة الغصب ترك في ذلك بدلالة العادة ، فكيف يصح تعليل أهمية اختيار مشايخ ما وراء النهر فيه بأن الغصب أخذ مال فحكمه لا يجرى فيما ليس بمال . وأما ثانياً فلأن قوله وقد أشار إليه بقوله تعويلاً على العادة لا يكاد يصح لأن قول المصنف تعويلاً على العادة حلة لوجب أن يبين ما هو مال يجرى فيه التامع . ومعناه أن حقيقة الغصب وإن تناولت ما يجرى فيه التامع من الأموال وما لا يجرى فيه التامع منها ، إلا أن العادة خصصته بالأول فلا بد أن يبين ذلك ، ومقصوده الاحتراز عما لو بين حبة حنطة أو قطرة ماء فإنه لا يصح قطعاً . وأما أن حقيقة الغصب ترك بدلالة العادة إلى ما هو أهم منها فلا إشارة إليه في كلامه أصلاً ، كيف ولو صرح ذلك عنده وكان في كلامه إشارة إليه لما صح القول منه بوجوب أن يبين ما لا ، إذ العادة جارية قطعاً على إطلاق لفظ الغصب على ما ليس بمال كالزوجة والولد إطلاقاً جارياً على اللغة لأجل حقيقة الشرعية . وبالحسنة إن كلام المصنف هاهنا مسوق على ما هو مختار مشايخ ما وراء النهر دون مختار مشايخ العراق ، ولما ذكره صاحب الناية خلط المذهبين (ولو قال لفلان على مال فالمرجع إليه في بيانه) وهذا لفظ القنورى في مختصره : يعنى لو قال أحد في إقراره لفلان على مال فالمرجع إلى المقر في بيان قدر المال . قال المصنف في تعليقه (لأنه الجمل) يعنى أن المقر هو الجمل والرجوع في بيان الجمل إلى الجمل (ويقبل قوله في القليل والكثير) وهذا من صحة كلام القنورى . قال المصنف في تعليقه (لأن كل ذلك مال ، فإنه ، أى المال (اسم لما يتمول به) وذلك موجود في القليل والكثير ، ثم قال المصنف (إلا أنه) أى المقر (لا يصدق في أقل من درهم) والقياس أن يصدق فيه أية ما لأنه مال . وفي الاستحسان : لا يصدق فيه ، وجهه ترك الحقيقة

قال (ولو قال لفلان على مال الخ) إذا قال في إقراره لفلان على مال فرجع البيان إليه لكونه الجمل ، ويقبل قوله لما بين إلا فيما دون الدرهم ، والقياس قبوله لأنه مال . وجه الاستحسان ترك الحقيقة بدلالة العادة . ولو قال مال عظيم قال الشافعي : هو مثل الأول ، قلنا فيه إلغاء الوصف العظيم فلا يجوز فلا بد من البيان بما يعد عظيماً عند الناس والغنى عظيم عند الناس ، والغنى

لأنه لا يعد مالا عرفاً (ولو قال مال عظيم لم يصدق في أقل من مائتي درهم) لأنه أقر بمال موصوف فلا يجوز إلغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به ، والغنى عظيم عند الناس . وعن أبي حنيفة أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لأنه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة ، وعنه مثل جواب الكتاب ،

بدلالة العرف ، وقد أشار إليه بقوله (لأنه) أي الأقل من درهم (لا يعد مالا عرفاً) فإن مادون الدرهم من الكسور ولا يطلق اسم المال عليه عادة ، كذا في المبسوط . قال الإمام علاء الدين الإسيباني في شرح الكافي للحاكم الشهيد : ولو قال له على مال كان القول قوله فيه ودرهم مال . ثم قال : وهذا اللفظ يوم أنه لا يقبل قوله إذا بين أقل من درهم . وقال بعضهم : ينبغي أن يقبل قوله في البيان لأن اسم المال منطلق على نصف درهم وسدس درهم كما ينطلق على الدرهم . ثم قال : والصحيح أنه لا يقبل لأن المال الذي يدخل تحت الالتزام والإقرار لا يكون أقل من درهم ، وهذا ظهر في حكم العادة فحملناه عليه اه كلامه . وقال الناطقي في أجناسه : وفي نوادر هشام قال محمد رحمه الله : لو قال لفلان على مال له أن يقر بدهم . ثم قال : وقال الهاروني : لو قال لفلان على مال هو على عشرة دراهم جيد ، ولا يصدق في أقل منه في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله . وقال أبو يوسف : يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في أقل منه ، إلى هنا لفظ الأجناس (ولو قال مال عظيم لا يصدق في أقل من مائتي درهم) هذا لفظ القنودوري : يعني لو قال لفلان على مال عظيم فعليها ما يجب فيه الزكاة وهو مائتا درهم . وقال الشافعي : هو مثل الأول . قلنا : فيه إلغاء لوصف العظيم فلا يجوز ، وقد أشار المصنف إليه بقوله (لأنه أقر بمال موصوف) أي موصوف بوصف العظيم (فلا يجوز إلغاء الوصف) بل لابد من البيان بما يعد عظيماً عند الناس (والنصاب) مال (عظيم) في الشرع والعرف (حتى اعتبر صاحبه غنيا به) فأوجب عليه مائة الف درهم والغنى عظيم عند الناس فكان فيما قلنا رعاية حكم الشرع والعرف ، وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، ولم يذكر محمد في الأصل قول أبي حنيفة في هذا الفصل فاختلفت رواية المشايخ عنه فيه ، فأراد المصنف بيان ذلك فقال (وعن أبي حنيفة) أي روى عنه (أنه) أي المرق في هذا الفصل (لا يصدق في أقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة) ونصاب المهر أيضاً (لأنه) أي لأن هذا النصاب (عظيم) حيث تقطع به اليد المحترمة (ويستباح به البضع المحترم (وعنه) أي عن أبي حنيفة رحمه الله (مثل جواب الكتاب) أي مثل ما ذكر في مختصر القنودوري من أنه لا يصدق في أقل من مائتي درهم . قال في غاية البيان : وهو الصحيح لأنه لم يذكر عدداً حتى يجب مراعاة اللفظ فيه فأوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذي يجب فيه الزكاة لأنه أقل مال له خطر في الشرع اه . وذكره صاحب النهاية أيضاً فيقول خلا قوله لأنه أقل مال له خطر في الشرع . أقول : فيه بحث ، لأن التحليل المذكور لا يفيد كون ما في هذه الرواية هو الصحيح ، لأن إيجابنا العظيم من حيث المعنى أمر مقرر على كلتا الروايتين ، وإنما النزاع في أن ذلك العظيم ماذا ؟ هل هو نصاب الزكاة أم نصاب السرقة والمهر ؟ فقوله وهو المال الذي يجب فيه الزكاة غير مسلم على الرواية الأخرى ، وكذا قوله لأنه أقل مال له خطر في الشرع ، إذ لصاحبنا أن يقول بل هو المال الذي يجب فيه قطع اليد المحترمة

بالنصاب لأن صاحبه يعد غنياً فلا بد من البيان به فإن بين المال الزكوي فلا بد من بيان أقل ما يكون نصاباً ، في الإبل خمس وعشرون لأنه أقل نصاب يجب فيه الزكاة من جنسه ، وفي الدنابر بعشرين مثقالاً ، وفي الدراهم بمائتي درهم . وإن بين بغيره فلا بد من بيان قيمة النصاب ، وهذا قول أبي يوسف ومحمد ، ولم يذكر محمد قول أبي حنيفة في الأصل في هذا الفصل . وروى عنه أنه قال : لا يصدق في أقل من نصاب السرقة لأنه عظيم تقطع به اليد المحترمة ، وروى عنه مثل قولهما . قيل وهو الصحيح لأنه لم يذكر عدداً يجب مراعاة اللفظ فيه فأوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذي يجب فيه الزكاة . قال في النهاية : والأصح على قوله أنه ينبغي على حال

(قوله قيل وهو الصحيح) أقول : القائل هو الإفتائي لا قوله وهو المال الذي يجب فيه الزكاة (أقول : قال الإفتائي : لأنه أقل مال له خطر

وهذا إذا قال من الدراهم ، أما إذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين ، وفي الإبل بخمسة وعشرين لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب (ولو قال أموال عظام فالتقدير بثلاثة نصاب من أي فن سماه) اعتبارا لأدنى الجمع (ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في أقل من عشرة) وهذا عند أبي حنيفة (وعندها لم يصدق في أقل من مائتين)

ويستباح به البضع المحترم وهو أقل مال له خطر في الشرع فلم يتم التقريب . قال خمس الأئمة السرخسي رحمه الله : والأصح على قول أبي حنيفة أنه يبنى على حال المقر في الفقر والغنى ، فإن القليل عند الفقير عظيم ، وأضعاف ذلك عند الغني حقير ، وكما أن المائتين عظيم في حكم الزكاة فالمعشرة عظيم في حكم قطع يد السارق وتقدير المهور بها فوقع التعارض فيرجع إلى حال المقر ، كذا في فتاوى قاضيهان وذكر في بعض الشروح (وهذا) أي ما ذكر من أنه لا يصدق في أقل من مائتي درهم (إذا قال من الدراهم) أي إذا قال له على مال عظيم من الدراهم سواء قال كذلك ابتداء أو قال في الابتداء له على مال عظيم ، ثم بين مراده من المسال العظيم بالدراهم فقوله صلى الله عليه وآله ومعراج الدراية في شرح قول المصنف هذا إذا قال من الدراهم : أي بين وقال إن مرادى بالمال العظيم الدراهم لا يخلو من تقصير (أما إذا قال من الدنانير) أي إذا قال ذلك ابتداء أو ثانيا عند البيان (فالتقدير فيها) أي في الدنانير (بالعشرين) أي بعشرين مثقالا لأنه نصاب الزكاة في الذهب (وفي الإبل بخمسة وعشرين) يعني وفيها إذا قال من الإبل بقدر خمسة وعشرين (لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه) كمشرين مثقالا في الدنانير ومائتي درهم في الدراهم . والحاصل أنه إذا بين بخمسة من أجناس الأموال الركوية فالمعتبر أقل ما يكون نصابا في ذلك الجنس . فإن قيل : ينبغي أن يقتدر في الإبل بخمسة لأنه يجب فيه شاة فكان صاحبها بها غنيا . قلنا : هي مال عظيم من وجه حتى يجب فيها الزكاة ، وليست بمال عظيم من وجه حتى لا يجب فيها من جنسها ، فاعتبرنا ما ذكرنا ليكون عظيمًا مطلقا إذ المطلق ينصرف إلى الكامل ، كذا في الكافي وبعض الشروح (وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب) يعني وفيها إذا بين بغير مال الزكاة بقدر بقيمة النصاب : أي بقدر النصاب قيمة (ولو قال أموال عظام) أي ولو قال على أموال عظام مصبغة بالجمع (فالتقدير بثلاثة نصاب من أي فن سماه) أي من أي نوع سماه ، حتى لو قال من الدراهم كان التقدير بسمائة درهم ، ولو قال من الدنانير كان بستين مثقالا ، ولو قال من الإبل كان بخمسة وسبعين إلى غير ذلك من الأجناس ، وإنما كان كذلك (اعتبارا لأدنى الجمع) فإن أدنى الجمع ثلاثة فيحمل على ثلاثة أموال عظام وهي ثلاثة نصاب من جنس ماسياه . ولو قال على مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل قال الناطقي : لم أجده منصوبا ، وكان الجرجاني يقول يلزمه مائتان ، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الإيضاح والخيرة وفي غاية البيان نقلا عن الفتاوى الصغرى قال خمس الأئمة البيهقي في كتابه عن أبي يوسف : قال لقنلان على دراهم مضاعفة يلزمه ستة ، لأن أقل الدراهم ثلاثة والتضعيف أقله مرة فيضعف مرة ، قال له على دراهم أضعافا مضاعفة أو قال مضاعفة أضعافا عليه ثمانية عشر لأن الأضعاف جمع الضعيف فيضاعف ثلاث مرات فكانت تسعة ، وقوله مضاعفة يقتضي ضعف ذلك فيقتضي ثمانية عشر . وفي الصورة الثانية الدراهم للمضاعفة ستة وأضعافها ثلاث مرات فيكون ثمانية عشر ، قال على عشرة دراهم وأضعافها مضاعفة عليه ثمانون درهما لأن أضعاف العشرة ثلاثون فإذا ضمنت إلى العشرة كان أربعين فأوجبها مضاعفة فيكون ثمانين (ولو قال دراهم كثيرة) أي لو قال لقنلان على دراهم كثيرة (لم يصدق في أقل من عشرة دراهم) هذا لفظ القنذوري . قل المصنف (وهذا عند أبي حنيفة) وعندها لم يصدق في أقل من مائتين (وعند الشافعي يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق

المقر في الفقر والغنى ، فإن القليل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغني ليست بعظيمة (ولو قال أموال عظام فالتقدير في ثلاثة نصاب من أي نوع سماه اعتبارا لأدنى الجمع ، وإذا قال دراهم كثيرة لم يصدق في أقل من عشرة عند أبي حنيفة ، وفي أقل من مائتي درهم عندها) وفي أقل من ثلاثة عند الشافعي لأن الكثرة أمر إضافي يصدق بعد الواحد على كل عدد والعرف فيها مختلف ، فكيف من

لأن صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره ، بخلاف ما دونه :

في أقل من ذلك ، وكذلك لوقال لفلان على "دنانير كثيرة لم يصدق عند أبي حنيفة في أقل من عشرة دنانير وعندها في أقل من عشرين مثقالا ، وعند الشافعي في أقل من ثلاثة دنانير ، كذا ذكر الخلاف شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه . وقال القدوري في كتاب الترتيب : روى ابن ماجة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة مثل قولهما . وجه قول الشافعي أنه وصف الدراهم مثلا بصفة لا يمكن العمل بها وهي الكثرة فيلغو ذكرها ، وذلك لأن إثبات صفة الكثرة لقياس من المقادير الكثيرة على التعيين غير ممكن ، لا باعتبار الحقيقة ولا باعتبار العرف ولا باعتبار الحكم . أما من حيث الحقيقة فلأن الكثرة أمر إضافي يصدق بعد الواحد على كل عدد . وأما من حيث العرف فلأن الناس متفاوتون في ذلك ، فكم من كثير عند قوم قليل عند الآخرين . وأما من حيث الحكم فلأن حكم الشرع يتعلق تارة بالعشرة عند البعض ويمادونه عند الآخر . كما في نصاب السرقة والمهر ، ويتعلق تارة بالمائتين كما في نصاب الزكاة وحرمة الصدقة ، ويتعلق تارة بأكثر من مائتين كما في الاستطاعة في الحج في الأماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها أصلا فإذا تعذر العمل بها لما ذكرها فيعمل بقوله درهم ويتصرف إلى ثلاثة . ووجه قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ما أشار إليه المصنف بقوله (لأن صاحب النصاب) يعني صاحب نصاب الزكاة (مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره) يدفع زكاته والتصدق على الفقير (بخلاف مادونه) أي بخلاف مادون النصاب . فإن صاحبه مقل ولذا لم يلزمه مواساة غيره . قال صاحب العناية في تقرير دليلهما : وقالوا أمكن العمل بها : أي بالكثرة حكما لأن في النصاب كثرة حكمة فالعمل به أولى من الإلغاء اهـ . أقول : فيه نظر ، لأن نصاب الزكاة وإن كان له كثرة في ترتب حكم وجوب الزكاة إلا أن نصاب السرقة والمهر وهو العشرة عندنا له أيضا كثرة في ترتب حكم ثبوت قطع اليد واستباحة البضع ، وكذا الأكثر من المائتين مما يحصل به الاستطاعة في الحج من الأماكن البعيدة له كثرة في ترتب حكم وجوب الحج فوقع التعارض بين هاتيك الكثرات الحكيمة فلم يمكن العمل بإحداها على التعيين ، فقله لأن في النصاب كثرة حكيمة لا يجدي شيئا وهو ظاهر ، وكذا قوله فالعمل به أولى من الإلغاء ، لأن أولوية العمل به من الإلغاء لا يستلزم أولوية العمل به من العمل بما فيه كثرة أخرى فلا يتم المطلوب . وقال صاحب الغاية في تقرير دليلهما : ولأي يوسف ومحمد أن العمل بهذه الصفة وإن تعذر من حيث الحقيقة والعرف كما قال الشافعي ، لكن أمكن العمل بها حكما ، ولا يلغى من كلام الماقل ما أمكن تصحيحه ، فيجب حل الكثرة على الكثرة من حيث الحكم حتى لا تلغو هذه الصفة فصار كأنه قال لفلان على "دراهم كثيرة حكما ، والدراهم الكثيرة حكما من كل وجه مائتا درهم لأنها كثيرة شرعا في حق القطع والمهر ووجوب الزكاة وحرمة الصدقة . فأما العشرة إن كانت كثيرة في حق القطع وجواز النكاح ففي حق حرمة الصدقة ووجوب الزكاة قليل ، ومطلق الاسم يتصرف إلى الكامل من ذلك الاسم إلى الناقص ، وأقل ما ينطلق عليه اسم الكثرة حكما من كل وجه مائتا درهم ، فأما العشرة بين القليل والكثير من حيث الحكم فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما انتهى كلامه . أقول : فيه أيضا نظر ، لأن ما بسطه وإن أفاد في الظاهر أولوية حل الدراهم الكثيرة على المائتين من حملها على العشرة لكن لم يقد أولوية حملها على المائتين من حملها على الأكثر من المائتين مما يترتب عليه حكم وجوب الحج من الأماكن البعيدة كما أدرجه نفسه أيضا في تقرير دليل الشافعي ، بل أفاد أولوية العكس لأن الأكثر من المائتين هو الذي تحقق فيه الكثرة حكما من كل وجه فإنه كثير في حق وجوب الحج أيضا من الأماكن البعيدة ، وأما المائتان فهو بين القليل والكثير بالنظر إلى حكم الحج

مستكثر عند قوم قليل عند آخرين ، وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بالعشرة وأقل منه كما في السرقة والمهر على مذهبه . والمائتين أخرى كالزكاة وجوبا وحرمانا من أخذها ، وبأكثر من ذلك كالاستطاعة في الحج في الأماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها أصلا فيعمل بقوله درهم ويتصرف إلى ثلاثة . وقالوا : أمكن العمل بها حكما لأن في النصاب كثرة حكيمة فالعمل بها أولى

(قوله كما في السرقة والمهر إلخ) أقول : كما في السرقة مثال العشرة : يعني على مذهبتنا . وقوله والمهر نظير الأقل على مذهبه .

وله أن العشرة أقصى ما ينهى إليه اسم الجمع ، يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف إليه (ولو قال دراهم فهي ثلاثة) لأنها أقل الجمع الصحيح

من الأماكن البعيدة فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما فلم يتم المطلوب تأمل (وله) أى ولاي حنيفة رحمه الله (أن العشرة أقصى ما ينهى إليه اسم الجمع) أى عند كونه ميمزا للعدد (يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما) يعنى أن العدد إذا جاوز العشرة يصير ميمزه مفردا لاجما (فيكون) أى العشرة (هو الأكثر من حيث اللفظ) أى من حيث دلالة اللفظ عليه (فينصرف إليه) لأن العمل بما دل عليه اللفظ إذا كان ممكنا ولم يوجد مانع من الصرف إليه لا يعدل إلى غيره ، كذا في العناية . لا يقال : ينبى أن يصدق فيها بين الثلاثة والعشرة لأنه كثير . لأننا نقول : لما ذكر الكثرة صار كذكر الجنس فيستغرق اللفظ ما يصلح له ، كذا في غاية البيان . أقول : ينبى هاهنا شيء ، وهو أن كون العشرة أقصى ما ينهى إليه اسم الجمع إنما هو عند اقتران اسم الجمع بالعدد بأن يكون ميمزا له كما نينا عليه آتيا ، لاعداد افراده عنه فإنه يجوز أن يراد بجمع الكثرة حال الافراد ما فوق العشرة إلى ما لا نهاية له كما لا يخفى على العارف بالغة ، ومستلطنا مفروضة في حال افراد الدراهم عن ذكر العدد ، فاما معنى اعتبار حكم حال الاقتران فيها البينة ؟ قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في تحليل قول أبى حنيفة في هذه المسئلة لأن جمع الكثرة أقله عشرة . أقول : ليس ذلك بصحيح . أما أولا فلأن جمع الكثرة أقله أحد عشر لاعتسرة على ما تقرر في علم النحو . قال الفاضل الرضى : قالوا : مطلق الجمع على ضربين : قلة ، وكثرة ، والمراد بالقليل من الثلاثة إلى العشرة والحدان داخلان ؛ وبالكثير ما فوق العشرة انتهى . وأما ثانيا فلأنه لو كانت حلة قول أبى حنيفة في هذه المسئلة كون أقل جمع الكثرة عشرة لزم أن لا يصدق أيضا عنده في أقل من عشرة فيها إذا قال له على دراهم بدون ذكر وصف الكثرة مع أنه يصدق هناك في ثلاثة بالاتفاق كما سياتى . والأولى في تحليل قول أبى حنيفة في هذه المسئلة ما ذكره صاحب الغاية حيث قال : ولاي حنيفة أن الكثرة من حيث الحكم غير مذكورة نصا ، وإنما تثبت ضرورة أن لاتصير صفة الكثرة لغوا فإن العمل بها باعتبار الحقيقة والعرف متعذر ، وما ثبت مقتضى صحة التميز يثبت أدنى ما يصح به الغير ، وأدنى ما يثبت به الكثرة من حيث الحكم عشرة دراهم ، فإن القطع متعلق شرعا بالكثير من المال لا بالقليل على ما روى أنه كان لا يقطع في الشيء المتناه ، ثم اعتبر النصاب في حق القطع واستباحة البضع عشرة فيلزمه عشرة انتهى . قال الشيخ أبو نصر البغدادي : والفرق لأبي حنيفة بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم أن قوله دراهم كثيرة يفيد العدد لأن الكثرة تكون بزيادة العدد ، فاعتبر الكثرة التي ترجع إلى العدد وقوله مال عظيم لا يتضمن عددا فوجب أن يحمل على المستعظم لامن حيث العدد ، والعظيم في الشرع ما يصير به غنيا فيجب الزكاة فيه فاعتبر ذلك (ولو قال دراهم فهي ثلاثة) هذا لفظ القدوري في مختصره : يعنى لو قال له على دراهم وجب عليه ثلاثة دراهم بالاتفاق . قال المصنف في تحليله (لأنها أقل الجمع الصحيح) يعنى أن الدراهم جمع وأقل الجمع الصحيح ثلاثة فيلزمه ثلاثة لكونه متيقنا . أقول : فيه بحث لأنه إن كان لفظ الصحيح في قوله لأنه أقل الجمع الصحيح صفة الجمع كما هو المتبادر من ظاهر التركيب . يرد عليه أن الدراهم ليس بجمع صحيح بل هو جمع مكسر فلام يطابق الدليل المدعى ، وإن كان صفة لأقل كما يشعر به قول صاحب الكافي لأنه أدنى الجمع المتفق عليه ، وقول صاحب العناية لأنها أقل الجمع الصحيح الذى لا اختلاف فيه بخلاف المنى يتجه عليه

من الإلغاء . وقال أبو حنيفة : الدراهم ميمز يقع به تمييز العدد ، وأقصى ما ينهى إليه اسم الجمع تمييزا هو العشرة ، لأن ما بعده يميز بالعدد ؛ يقال أحد عشر درهما ومائة وألف درهم فتكون العشرة هو الأكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فيصرف إليه ، لأن العمل بما دل عليه اللفظ إذا كان ممكنا ولا مانع من الصرف إليه لا يعدل إلى غيره (ولو قال على دراهم فهي ثلاثة) بالاتفاق لأنها أقل الجمع الصحيح الذى لا اختلاف فيه ، بخلاف المنى ، إلا أن يبين أكثر منها لا حيل اللفظ ، وكونه عليه فلا تهمة ،

(قوله لا يعدل إلى غيره) أقول : غير إن في قوله لأن العمل بما دل عليه .

(إلا أن يبين أكثر منها) لأن اللفظ يحتمله وينصرف إلى الوزن المعتاد (ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في أقل من أحد عشر درهما) لأنه ذكر عددتين مبهمين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد عشر (ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في أقل من أحد وعشرين) لأن ذكر عددتين مبهمين بينهما حرف العطف ، وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره

أن كون أقل الجمع ثلاثة إنما هو في جمع القلة دون جمع الكثرة ، فإن أقل جمع الكثرة أحد عشر كما مر بيانه آنفاً والدرهم جمع كثرة ، إذ قد تفرق كتب النحو أن جميع أمثلة الجمع المكسر جمع كسرة سوى الأمثلة الأربعة المعروفة وهي أفعل وأفعال وأفعلة وفعلته عند الكل ، وسوى فعلته كأكلة عند الفراء ، وسوى أفعلاء كأصدقاء في قول التبريزي ، ولفظ الدرهم ليس من أحد هاتيك الأمثلة فكان جمع كثرة قطعاً فلم يتم المطلوب . ثم أقول : يمكن الجواب عن ذلك بوجهين على اختيار الشق الثاني من التردد الأول أن الفاضل الرضى صرح بأن كل جمع تكسير للرباعي الأصل حروفه مشترك بين القلة والكثرة ، ولا شك أن الدرهم من هذا القبيل ، فلما اشترك بين القلة والكثرة كان أقله المتيقن هو الثلاثة فتم المطلوب . والثاني أن المحقق التفتازاني قال في التلويح في أوائل مباحث ألفاظ العام بصدده تحقيق ما ذهب إليه أكثر الصحابة والمفسرين وأئمة اللغة من أن أقل الجمع ثلاثة . وأعلم أنهم لم يفرقوا في هذا المقام بين جمعي القلة والكثرة ، فدل بظاهره على أن التفرقة بينهما إنما هي في جانب الزيادة : يعني أن جمع القلة غنص بالعشرة فما دونها ، وجمع الكثرة غير مختص لأنه غنص بما فوق العشرة ، وهذا أوفق بالاستعمالات وإن صرح بخلافه كثير من التفات ، انتهى كلامه . فيجوز أن يكون مدار الدليل المذكور على ما هو الأوفق بالاستعمالات وتقريرات أهل الأصول من كون التفرقة بين جمعي القلة والكثرة في جانب الزيادة لأن جانب النقصان فتدبر (إلا أن يبين أكثر منها) هذا من تنمة كلام القدوري في مختصره : يعني إلا أن يبين المقر أكثر من الثلاثة فيحتل بلزومه ما بينه . قال المصنف (لأن اللفظ) أي لفظ الجمع (يحتمل) أي يحتمل الأكثر من الثلاثة ولا نهمة فيه لكونه عليه لا له (وينصرف إلى الوزن المعتاد) أي إلى الوزن المتعارف وهو غالب نقد البلد ، لأن المطلق من الألفاظ ينصرف إلى المتعارف كما مر في البيوع ، ولا يصدق في أقل من ذلك لأنه يريد الرجوع عما اقتضاه كلامه . قال في التحفة : وإن لم يكن فيه شيء متعارف يحمل على وزن سبعة فإنه الوزن المعتبر في الشرع ، وهكذا ذكر في العناية . وقال في البدائع : وإن كان الإقرار في بلد يتعاملون فيه بدرهم وزنها ينقص عن وزن سبع يقع إقراره على ذلك الوزن لا تنصرف مطلق الكلام إلى المتعارف ، حتى لو ادعى وزناً أقل من وزن بلده لا يصدق لأنه يكون رجوحاً ، ولو كان في البلد أوزان مختلفة يعتبر فيه الغالب كما في نقد البلد ، فإن استوت يعمل على أقل الأوزان لأنه متيقن به والزيادة مشكوك فيها فلا تثبت مع الشك انتهى . أقول : بين المذكورين في التحفة والبدائع في صورة التساوي تفاوت بل تخالف لا يفتي (ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في أقل من أحد عشر درهما) هذا لفظ القدوري في مختصره : يعني لو قال له "كذا كذا درهما لزمه أحد عشر درهما ولم يعتبر قوله في أقل من ذلك" . قال المصنف في تعليقه (لأنه) أي المقر (ذكر عددتين مبهمين) أي ذكر لفظين هما كنايةان عن العدد المجهول (ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك) أي أقل ما كان عددتين ليس بينهما حرف العطف (من المفسر) أي من العدد المفسر به (أحد عشر) وأكثره تسعة عشر فإنه يقال أحد عشر إلى تسعة عشر فيلزمه الأقل المتيقن من غير بيان والزيادة تنقضي على بيانه (ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في أقل من أحد وعشرين) هذا أيضاً لفظ القدوري في مختصره . قال المصنف في تعليقه (لأنه) ذكر عددتين مبهمين بينهما حرف العطف ، وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره . يعني أن لفظ كذا كناية عن العدد ، والأصل وينصرف إلى الوزن المعتاد وهو غالب نقد البلد ، فإن لم يكن فيه نقد متعارف حل على وزن سبعة لكونه معتبراً في الشرع . قال (ولو قال كذا كذا درهما) كذا كناية عن العدد والأصل في استعماله لاعتباره بالمفسر ، فإله نظيره في الأعداد المفسرة حل على

(قال المصنف : لأن اللفظ يحتمله مجازاً) أقول : فيصير كأنه قال للعلان حل حفظ الألف .

(ولو قال كذا درهما فهو درهم) لأنه تفسير للمهم

في استعماله اختياره بالمفسر : أي بالعدد الصريح ، فإله نظير في الأعداد المقسرة يحمل على أقل ما يكون من ذلك النوع لكونه متيقنا ؛ فإذا قال له على " كذا درهما فكأنه قال له على " أحد عشر درهما . وإذا قال له على كذا وكذا درهما فكأنه قال له على " أحد وعشرون درهما (ولو قال كذا درهما فهو درهم) هذه المسئلة ذكرها المصنف تقريرا على مسألة القديري ، ولم يذكرها ما محمد رحمه الله في الأصل : يعني لو قال له على " كذا درهما فالواجب عليه درهم واحد (لأنه) أي لأن درهما في قوله كذا درهما (تفسير للمهم) أي تمييز الشيء المهم وهو كذا لأنه كناية عن العدد المهم وأقله المتيقن واحد فيحمل عليه ، وذكرت هذه المسئلة في بعض المعتمرات كاللخيرة والمحيط والتممة وفتاوى قاضيخان على خلاف ما ذكره المصنف ، فإنه قال في اللخيرة المحيط وفي الجامع الأصغر : إذا قال لفلان على " كذا درهما فعليه درهما ، لأن هذا أقل ما بعد " لأن الواحد لا يعد حتى يكون معه شيء آخر . وقال في التتمة وفي الجامع الأصغر : إذا قال كذا دينار فعليه ديناران ، لأن هذا أقل ما يعد لأن الواحد لا يعد حتى يكون معه شيء آخر . وقال في فتاوى قاضيخان : لو قال لفلان على " كذا دينار فعليه ديناران ، لأن كذا كناية عن العدد وأقل العدد اثنان انتهى . أقول : فيما ذكر في تلك الكتب نظر ، لأن عدم كون الواحد من العدد إنما هو اصطلاح الحساب وأما في الوضع واللغة فهو من العدد قطعا ، وعن هذا ترى أئمة اللغة والنحو قاطبة جعلوا أصول العدد اثنى عشرة كلمة وأحد إلى عشرة ومائة وألف . وقال العلامة الجوهري في مصحاحه : الأحد بمعنى الواحد وهو أول العدد انتهى . وقال المحقق الرضوي في شرح الكافية : لا خلاف عند النحاة في أن لفظ واحد واثنان من أسماء العدد ، وعند الحساب ليس الواحد من العدد لأن العدد عندهم هو الزائد على الواحد ، ومنع بعضهم أن يكون الاثنان من العدد انتهى . ولا شك أن كون كذا كناية عن العدد ليس بمعنى على اصطلاح الحساب ، بل هو أمر جار على أصل الوضع واللفظ ، فكون أقل العدد اثنين عند الحساب لا يقتضي كون الواجب على المقر في المسئلة المذكورة درهمين كما لا يخفى . قال صاحب غاية البيان : كان ينبغي أن يلزمه في هذه المسئلة أحد عشر ، لأنه أول العدد الذي يقع بميزه منصوبا ، وإذا كان كذلك ينبغي أن لا يصدق في درهم والقياس فيه ما قاله في مختصر الأسرار : إذا قال له على " كذا درهما لزمه عشرون ، لأنه ذكر جملة وفسرها بغيره منصوب ، وذلك يكون من عشرين إلى تسعين فيجب الأقل وهو عشرون لأنه متيقن انتهى كلامه . وقال تاج الشريعة : فإن قلت : ينبغي أن يجب أحد عشر درهما لأنه أقل عدد يسمى بميزه منصوبا . قلت : الأصل برادة اللمة فيثبت الأدنى للثيقن انتهى . أقول : جوابه ليس بنام لأن كون الأصل برادة اللمة إنما يقتضي كون الثابت أدنى ما يتحملة لفظ المقر دون الأدنى مطلقا كما لا يخفى . ومعنى السؤال أن أدنى ما يتحملة لفظ المقر في هذه المسئلة إنما هو أحد عشر بدلالة كون المميز منصوبا ، فينبغي أن يكون الواجب عليه أحد عشر درهما ، وما ذكر في الجواب لا يفيده قطعا . ثم أقول : الحق في الجواب أن يقال إن قوله كذا درهما وإن كان نظير الأحد عشر درهما في كون المميز منصوبا لكن ليس بنظير له في نفس ما يميزه المنصوب ، لأن أحد عشر عدد مركب ولفظ كذا ليس بمركب فإذا لم يكن نفس كذا نظيرا لنفس أحد عشر لم يقد الاشتراك في مجرد كون ميمزها منصوبا ، وهذا أمر لا ستره به . قال في الاختيار شرح المختار : وقيل يلزمه عشرون وهو القياس ، لأن كذا يذكر للعدد عرفا ، وأقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون انتهى . وذكره الإمام الزيلعي في شرح الكنز نقله عنه . وقال صاحب معراج الدراية : وما نقله ابن قدامة في المغني وصاحب الحلية عن محمد أنه ذكر إذا قال كذا درهما لزمه عشرون عنده لأنه أقل عدد يفسره الواحد المنصوب خلافا ما ذكر في الهداية واللخيرة والتممة وفتاوى قاضيخان كما ذكرنا ، ولم أجده في الكتب المشهورة لأصحابنا به كلامه . أقول : كأنه لم يرد ما ذكره في مختصر الأسرار وشرح المختار أو لم يعدلها من الكتب المشهورة لأصحابنا ، أو أراد أنه لم يجده منقولا عن محمد في الكتب المشهورة لأصحابنا : ثم إن التحليل المذكور في المقول المزبور وهو قوله لأنه أقل عدد يفسره الواحد المنصوب

أقل ما يكون من ذلك النوع ، وما ليس له ذلك بطل ، فإذا قال كذا درهما كان كما إذا قال له على " درهم ، وإذا قال كذا كذا

(ولوثلث كذا بغير واو فأحد عشر) لأنه لا نظير له سواه (وإن ثلث بالواو فمائة وأحد وعشرون، وإن ربح يزداد عليها ألف) لأن ذلك نظيره. قال (وإن قال له على أو قبلي فقد أقر بالدين) لأن «على» صيغة إيجاب،

قاصر في الظاهر، لأن أقل عدد يقسمه الواحد المنصوب إنما هو أحد عشر دون عشرين، فكان مراده أنه أقل عدد غير مركب يفسره الواحد كما صرح به في غيره وإن لم يكن لفظه مساعدا له. قال المصنف (ولو ثلث كذا بغير واو) أي لو ذكر لفظه كذا ثلاث مرات بغير واو فقال كذا كذا كذا درهما (فأحد عشر) أي فالذي يلزمه أحد عشر درهما لا غير (لأنه لا نظير له سواه) أي لا نظير له في الأعداد الصريحة سوى أحد عشر: يعني سوى ما كان أقله أحد عشر فيحمل الاثنان من تلك الثلاثة على أحد عشر لكونهما نظيرى عددين صريحين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك أحد عشر، ويحمل الواحد منهما على التكرير والتأكيد ضرورة عدم ثلاثة أعداد مجتمعة ذكرت بلا عطف، كذا قالوا (وإن ثلث بالواو) بأن قال كذا وكذا وكذا (مائة وأحد وعشرون) أي فالذي يلزمه هذا المقدار (وإن ربح) بأن قال كذا وكذا وكذا (يزاد عليها) أي على مائة وأحد وعشرون (ألف) فيلزمه ألف ومائة وأحد وعشرون (لأن ذلك نظيره) أي لأن العدد الذي ذكرنا أنه يلزم في صورتى التثنية والربيع نظير ما ذكره المقرر في نيك الصورتين: أي أقل ما كان نظيره لا فيعتد يكون قوله لأن ذلك نظيره تعليلا لمجموع الصورتين كما هو الظاهر من عدم ذكر التعليق في صورة التثنية وتأخيرها إلى هنا، ويحتمل أن يكون ذلك تعليلا لقربة: أخص صورة الربيع ويكون تعليلا لصورة التثنية متروكا لانتهامه ما ذكره في غيرهما كما يشعر به تحرير صاحب الكافي حيث قال ولو قال كذا وكذا وكذا درهما فمائة وأحد وعشرون لأنه أقل ما يعبر عنه بثلاثة أعداد مع العطف، ولو ربح يزداد عليها ألف لأن ذا نظيره انتهى. قال الإمام الزليفي في التبيين: ولو خمس بالواو ينبغي أن يزداد عشرة آلاف، ولو سدس يزداد مائة ألف، ولو سبع يزداد ألف ألف، وعلى هذا كلما زاد عددا معطوفا بالواو زيد عليه ما جرت العادة به إلى ما لا يتناهى انتهى. وقال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه: هذا كله إذا قال بالنصب فأما إذا قال درهم بالخفض بأن قال كذا درهم يلزمه مائة درهم. وقال: وهكذا روى عن محمد لأنه ذكر عددا مبهما مرة واحدة، وذكر الدرهم عقبيه بالخفض فيعتبر بعدد واحد مصرح يستقيم ذكر الدرهم عقبيه بالخفض، وأقل ذلك مائة درهم، وإن قال كذا كذا درهم يلزمه ثلاثمائة درهم لأنه ذكر عددين مبهمين ولم يذكر بينهما واو العطف، وذكر الدرهم عقبيهما بالخفض، وأقل ذلك من العدد المصرح ثلاثمائة لأن ثلاثا عدد ومائة عدد وليس بينهما حرف العطف، ويستقيم ذكر الدرهم بالخفض عقبيهما انتهى كلامه. وقال الإمام علاء الدين الإسيدي في شرح الكافي للحاكم الشهيد: وإذا أقر أن لفلان عليه كذا كذا درهما وكذا كذا دينار فعليه من كل واحد منهما أحد عشر، لأنه لو أقر كل واحد منهما في الذكر لزمه أحد عشر، فكذلك إذا جمع بينهما يلزمه من كل واحد أحد عشر.

ولو قال له على كذا كذا دينار ودرهما كان عليه أحد عشر منهما جميعا، وكيف يقسم القياس أن يكون خمسة ونصف من الدرهم وخمسة ونصف من الدينار، إلا أننا نقول: لو قلنا ذلك أدنى إلى الكسر، وليس في لفظه ما يدل على الكسر فيجعل ستة من الدرهم وخمسة من الدينار. فإن قيل: هلا جعلت ستة من الدينار وخمسة من الدرهم؟ قلنا: لأن الدرهم أقل ماله من الدينار فصرّفناه إليها احتياطاً، إلى هاهنا كلامه (قال) أي قال محمد في الأصل (وإن قال له على أو قبلي فقد أقر بالدين) لم يذكر محمد هذه المسئلة في الجائع الصغير وإنما ذكرها في الأصل. أما وجه كونه مقرا بالدين في قوله له على فما أشار إليه المصنف بقوله (لأن على صيغة إيجاب) تقريره أن على كلمة خاصة للإخبار عن الواجب في الدية واشتقاقها من العاو، وإنما يعلمه إذا كان ديناً في ذمته لا يجب بدا من قضائه ليخرج عنه، كذا في النهاية. وتقرير آخر أن الدين وإن لم يذكر صريحا في قوله له على فقد ذكر اقتضاء، لأن كلمة على تستعمل في الإيجاب، قال الله تعالى - وقل على الناس حج البيت - وعمل الإيجاب الدية،

درهما كان أحد عشر، وإن ثلث بغير واو لم يزد على ذلك لعدم النظر، وإذا قال كذا وكذا كان أحدا وعشرين، وإن ثلث بالواو كان مائة وأحد وعشرين، وإن ربح يزداد ألف، ولو قال له على أو قبلي فهو إقرار بالدين لأن على للإيجاب، وقبلي

وليلي يئس من الضمان على مامر في الكفاة (ولوقال المقر هو ودية ووصل صدق) لأن اللفظ يحتمله جزاء حيث يكون المضبوط عليه حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا . قال رحمه الله : وفي نسخ المختصر قوله قبلي إنه إقرار بالأمانة لأن اللفظ ينظمهما حتى صار قوله لاحق لي قبل فلان إبراء عن الدين والأمانة جميعا ، والأمانة أقلهما والأول أصح .

والثابت في اللغة الدين لا العين فصار مقراً بالدين لا العين ، كذا في غاية البيان ، وذكر في النهاية أيضاً نقلاً عن الإمام المحبوبي : وأما وجه كونه مقراً بالدين في قوله له قبل لما أشار إليه بقوله (وقيل بنى * عن الضمان) لأن هذا عبارة عن القزوم ، ألا يرى أن الصك الذي هو حجة الدين يسمى قبالة وأن الكليل يسمى قبيلاً لأنه ضمان للمال ، كذا في النهاية نقلاً عن المبسوط (عل مامر* في الكفالة) من أنه نتقد الكفالة بقوله أنا قبيل لأن القبيل هو الكليل . أقول : هاهنا نظر ، وهو أن كون القبيل بمعنى الكليل ، وتضمنه معنى الضمان لا يقتضى كون قبل منبثاً عن الضمان لأن كلمة قبل غير كلمة القبيل ، ولم يذكر في كتب اللغة بجيء الأولى بمعنى الثانية قط ، بل الذي ذكره أئمة اللغة في كتبهم هو أن قبل فلان بمعنى عنده ، وأن قبلاً بمعنى مقابلة وعيانا ، وأنه يجيء قبل بمعنى طاقة فأنهم قالوا رأيت قبلاً : أى مقابلة وعياناً قاله تعالى - وأنيأهم العذاب قبلاً - أى عياناً وأى قبل فلان حق أى عنده ومأى به قبل أى طاقة ، وأما استعمال كلمة قبل في معنى الضمان فلم يسمع منهم قط . والحاصل أن كتب اللغة غير مساعدة لهذه الرواية في هاتيك المسئلة فتأمل (ولو قال المقر* في قوله على أو قبلى (هو ودعية (ووصل) أى ووصل قوله على أو قبلى بقوله هو ودعية (صدق لأن اللفظ يحتمله أى يحتمل ما قاله (مجازاً) أى من حيث المجاز (حيث يكون المضمون عليه حفظه) أى حفظ المردع ، فإن المردع ملزم حفظ الودعية (والمسال عمله) أى محل الحفظ فقد ذكر أهل وهو مال الودعية وأراد الخال وهو حفظه فجاز مجازاً كما في قولهم نهر جبار لكنه تغيير عن وضعه (فيصدق موصولاً لا مفصولاً) لأنه صار بيان تغيير وبيان التغيير يقبل موصولاً لا مفصولاً كما في الاستثناء (قال) أى المصنف زحمة الله عنه (وفي نسخ المختصر) يعني مختصر القدوري (في قوله قبل) أى وقع في قول المقر قبل (أنه إقرار بالأمانة لأن اللفظ ينظلمهما) أى ينظم الدين والأمانة (حتى صار قوله) أى قول القائل (لاحقاً في قبل فلان إبراء عن الدين والأمانة جميعاً) نص عليه محمد رحمه الله في الأصل حيث قال : إذا قال لاحق له على فلان برئ فلان مما هو مضمون عليه ، وإن قال لاحق عنده فهو برئ مما أصله الأمانة ، وإن قال لاحق إن الأمانة في قبل فلان برئ مما عليه وما عنده لأن ما عنده قبله وما عليه قبله انتهى (والأمانة ألقها) هذا تنمة الدليل : يعني أن الأمانة أقل الدين والأمانة فيحمل قول المقر* عليها لكننا الأدنى للتحقق . قال المصنف (والأول أصح) أى ما ذكر في الأصل هو الأصح قال في الكافي : والأول مذکور في المبسوط وهو الأصح ، لأن استعماله في الدين أغلب وأكثر فكان العمل عليه أحرى وأجدر . وقال في معراج الدرية : والأول وهو أنه إقرار بالدين أصح ، ذكره في المبسوط ، وعمل بأن استعماله في الدين أغلب وأكثر فكان الحمل عليه أولى انتهى . أقول : لقائل أن يقول : ينضغ هذا التعليق بما إذا قال لاحق في قبل فلان فإنه لم يحمل هناك على الدين خاصة ، بل جعل إبراء عن الدين والأمانة جميعاً بالاتفاق مع جريان هذا التعليق هناك أيضاً . ثم أقول : يمكن

ينبغي عن الضمان على ما مر في الكتابة، ولو وصل المقر فيها بقوله ودية صدق ويكون عجزاً للإيجاب حفظ الضموم والمال عمله لكنه تغيير عن وضه فيصدق موصولاً لامفصولاً (قال المصنف: وفي نسخ المختصر) يعني مختصر القندوري في قوله قبل (إنه إقرار بأمانة لأن اللفظ ينظهما) حتى صار قوله لاحق في قبل فلان إيراد من الدين والأمانة جميعاً. والأمانة أطلقها فيحمل عليها، وكان قياس ترتيب وضع المسئلة أن يذكر ما ذكره القندوري ثم يذكر ما ذكر في الأصل لأن الهداية تشرح مسائل الجامع الصغير والقندوري، إلا أن المذكور في الأصل هو الأصح فقدمه في الذكر، ولو قال عندي أو معي أو في يدي

(قوله بقوله وديمة) أقول : قوله وديمة بالنصب أو الرفع مما (قوله لإيجاب حفظ المضمون) أقول : أي الذي من شأنه الضمان وهو المال (قوله والمال عمله) أقول : فيكون من ذكر العمل وإرادة الحال ، والضمير في قوله عمله راجع إلى قوله حفظ المضمون .

(ولو قال عندى أو معى أو فى بيتى أو فى كبسى أو فى صندوق فهو إقرار بأمانة فى يده) لأن كل ذلك إقرار بكون الشيء فى يده وذلك يتنوع إلى مضمون وأمانة فثبت أقلهما وهو الأمانة (ولو قال له رجل لى عليك ألف فقال اتزها أو انتقدها أو أجلى بها أو قد قضيتكها فهو إقرار)

دفع ذلك بإمكان الفرق بين المستثنين بأن إحداهما صورة الإثبات، ولما لم يتيسر جمع إثبات الدين وإثبات الأمانة فى شيء واحد حل على ما هو الأرجح منهما فى هذه الصورة، وأما الأخرى فصورة النفي، ولما تيسر جمع نفي الدين ونفي الأمانة عن شيء حل على نفيهما معا فى تلك الصورة. ويؤيد هذا الفرق ما ذكره المصنف فى باب الوصية للأقارب وغيرهم من كتاب الوصايا حيث قال: ومن أوصى لوالديه وله موال أعطتهم وموال أعطوه فالوصية باطلة. ثم قال: ولنا أن الجهة مختلفة لأن أحدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلم ينتظهما لفظ واحد فى موضع الإثبات، بخلاف ما إذا حلف لا يكلم مولى فلان حيث يتناول الأهل والأسفل لأنه مقام النفي ولنا تنافى فيه انتهى كلامه. وأعلم أنه كان قياس ترتيب وضع المسئلة أن يذكر أولا ما ذكره القدرى ثم يذكر ما ذكر فى الأصل، لأن الهداية شرح البداية التى تجمع مسائل الجامع الصغير ومختصر القدرى والزوائد عليها مذكورة على سبيل التفرع، إلا أن المصنف لما رأى الكلام المذكور فى الأصل هو الأصح قدمه فى الذكر، ولهذا لم يذكر فى البداية غير ما ذكر فى الأصل (ولو قال عندى أو معى أو فى بيتى أو فى كبسى أو فى صندوق فهو إقرار بأمانة فى يده) وهذه كلها من مسائل الأصل. قال المصنف فى تعليلها (لأن كل ذلك إقرار بكون الشيء فى يده) لاقى ذمته (وذلك) أى ما كان فى يده (يتنوع إلى مضمون وأمانة فثبت أقلهما) وهو الأمانة. توضيحه أن هذه المواضع محل للعين لا للدين، إذ الدين محل الذمة والعين يحتمل أن تكون مضمونة وأمانة والأمانة إذا جعل عليها لتتقرر بها، وهذا لأن كلمة عند تقرب ومع للقران وما عداها لمكان معين فيكون من خصائص العين، ولا يحتمل الدين لاستحالة كونه فى هذه الأماكن، فإذا كانت من خصائص العين تعينت الأمانة لما ذكرنا، ولأن هذه الكلمات فى العرف والمادة تستعمل فى الأمانات ومطلق الكلام يحتمل على العرف، كذا فى التبيين. فلن قلت: يشكل هذا بما إذا قال له قبل مائة درهم دين ودية أو ودية دين. فإله إقرار بالدين لا بالأمانة مع أن الأمانة أقلهما. قلت: تنوع اللفظ إلى الضمان والأمانة فيما فيه نجن إنما نشأ من لفظ واحد، وفى تلك المسئلة من لفظين، والأصل أن أحد اللفظين إذا كان للأمانة والآخر للدين فلذا جمع بينهما فى الإقرار ترجيح الدين، كذا فى الميسوط. قال فى النهاية بعد نقل هذا عن الميسوط: وهذا المعنى وهو أن استعارة اللفظ الذى يوجب الدين لما يوجب الأمانة يمكن لا حل العكس لأنه حينئذ يلزم استعارة الأدنى للأعلى، وذلك لا يصح كما لا يصح استعارة لفظ الطلاق للعناق، وأما فى الأول فكان فيه استعارة الأعلى للأدنى وهو صحيح كاستعارة العتق للطلاق، والاستعارة إنما تصح فى اللفظين لا فى اللفظ الواحد المحتمل للشبهين، بل إنما ينتظر فيه إلى ما هو الأعلى المحتمل والأدنى المحتق فيحمل على الأدنى المتيقن لشبهه بقينا انتهى. (ولو قال له رجل لى عليك ألف فقال اتزها أو انتقدها أو أجلى بها أو قد قضيتكها فهو إقرار). هذا كله لفظ القدرى

أو فى بيتى أو فى كبسى أو صندوق فهو إقرار بأمانة فى يده، لأن كل ذلك إقرار بكون الشيء فى يده واليد تتنوع إلى أمانة وهما فثبت أقلهما وهو الأمانة. ونوقض بما إذا قال له قبل مائة درهم دين ودية أو ودية دين فإنه دين ولم يثبت أقلهما وهو الأمانة. وأجيب بأنه ذكر لفظين أحدهما يوجب الدين والآخر يوجب الودية والجمع بينهما غير ممكن وإجماعهما لا يجوز، وحل الدين على الودية محل للأعلى على الأدنى وهو لا يجوز، لأن الشيء لا يكون تابعا لما دونه فتعين العكس. ولو قال لرجل لى عليك ألف درهم فقال اتزها أو انتقدها أو أجلى بها أو قد قضيتكها كان إقرارا بالمعنى، لأن ما خرج جوابا إذا لم

(قوله وحل الدين على الودية الخ) أقول: وفيه بحث، والأول أن يقال: إن حل الدين على الودية لزم ارتكاب مجازين، فإن قوله قبل إقرار بالدين، بخلاف العكس فليحتمل (قال المصنف: ولو قال له رجل لى عليك ألف فقال اتزها) أقول: الألف مذكر وتأنث الصغير بأوّل الجملة، وفى القاموس: الألف من العدد مذكر، ولو أنث باعتبار الدرهم جاز (قوله إذا لم

لأنه تحويل الدين . قال (ومن أقرّ بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكلّبه في التأجيل لزمه الدين حالا) لأنه أقرّ على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما إذا أقرّ بعبد في يده وادعى الإجارة ، بخلاف الإقرار بالدرهم السود . لأنه صفة فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة . قال (ويستحلف المقر له على الأجل) لأنه منكر حقا عليه واليمين على المنكر (وإن قال له على " مائة ودرهم لزمه كلها دراهم .

إقرارا (لأنه تحويل الدين) من ذمة إلى ذمة ، وإذا لا يكون بدون الوجوب ، وكذا لو قال والله لا أقضيها اليوم أو لا أقرّها لك اليوم لأنه نفي القضاء والوزن في وقت بعينه ، وذلك لا يكون إلا بعد وجوب أصل المال عليه ، فأما إذا لم يكن أصل المال واجبا عليه فالقضاء يكون منتظيا أبدا فلا يحتاج إلى تأكيد نفي القضاء باليمين لأنه في نفسه منتف ، كذا في المبسوط . ولو قيل له هل عليك لفلان كذا فأومأ برأسه بنعم لا يكون إقرارا ، لأن الإشارة من الآخرس قائمة مقام الكلام لا من غيره ، كذا في الكافي وغيره (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقرّ بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكلّبه في التأجيل لزمه الدين حالا) هذا عندنا ، وقال الشافعي : لزمه الدين مؤجلا لأنه أقرّ بمال موصوف بأنه مؤجل إلى وقت فيلزمه بالوصف الذي أقرّ به ، وهذا ليس بشيء لأن الأجل حق لمن عليه المال فكيف يكون صفة للمال الذي هو حق الدائن ولكنه مؤخر للمطالبة إلى مضيه ، فكان دعواه الأجل كدعواه الإبراء ، كذا ذكر في باب الاستثناء من المبسوط . قال المصنف في تعليل قول أصحابنا (لأنه) أي لأن المقر بدين مؤجل (أقرّ على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه) أي في ذلك المال فيصدق في الإقرار بلا حجة دون الدعوى (فصار) أي فصار المقر في هذه الصورة (كما إذا أقرّ) لغيره (بعبد في يده) أي بعبد كائن في يده نفسه بأنه ملك ذلك الغير (وادعى الإجارة) أي ادعى أنه استأجر هذا العبد من صاحبه فصدقه المقر له في الملك دون الإجارة فإنه لا يصدق هناك في دعوى الإجارة ، فكذا هاهنا في دعوى الأجل (بخلاف الإقرار بالدرهم السود) أي بخلاف ما لو أقرّ بالدرهم السود فصدقه المقر له بالدرهم دون . وصفت السود حيث يلزمه الدرهم السود دون البيض (لأنه) أي لأن السود (صفة فيه) أي في الدرهم أو فيها أقرّ به فيلزمه ما أقرّ به على الصفة التي أقرّ بها ، وأما الأجل فليس بصفة في الديون الواجبة بغير عقد الكفالة كالتقروض وتضمن البياعات والمهر وقیم المتلفات ، بل الأجل فيها أمر عارض ولهذا لا يثبت بلا شرط ، والقول لمنكر العارض وقد أشار إليه بقوله (وقد مرت المسئلة في الكفالة) فإنه قال في فصل الضمان من كتاب الكفالة (ومن قال لآخر لك على " مائة إلى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدهي ، وإن قال ضمنت لك من فلان مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضمان . وقال : وجه الفرق أن المقرّ أقرّ بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل ، وفي الكفالة ما أقرّ بالدين فإنه لا دين عليه في الصحيح إنما أقرّ بمجرد المطالبة بعد الشهر ، ولأن الأجل في الديون عارض حتى لا يثبت من غير شرط بأن كان مؤجلا على الأصل انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (ويستحلف المقر له) أي يستحلف المقر له في مسئلتنا هذه (على الأجل) أي على إنكار الأجل (لأنه منكر حقا عليه) فإن المقرّ يدعى عليه التأجيل وهو يترك ذلك (واليمين على المنكر) بالحدث المشهور . قال في النهاية : وفي الأخيرة في الفصل الأول من كتاب الإقرار ، ولا ييسل الإقرار بالحلف حتى أن من أقرّ لرجل ثم أنكر فاستحلفه القاضي فحلف ثم أقام الطالب بينة على إقراره قضى له بالمقرّبه (وإن قال له على " مائة ودرهم لزمه كلها دراهم) وكذا لو قال مائة ودرهم أو مائة وثلاثة

المقر له بل هي حالة فالقول للمقر له لأن المقرّ أقرّ على نفسه مالا وادعى حقا لنفسه فيه فلا يصدق ، كما إذا أقرّ بعبد في يده لغير موادهي لا يصدق في دعوى الإجارة ، بخلاف ما إذا أقرّ بدين مؤجل فصدقه المقر له لأن السود صفة في الدرهم فيلزمه على الصفة التي أقرّ بها وقد مرت المسئلة في الكفالة ويستحلف المقر له على إنكار الأجل لأنه منكر واليمين على من أنكر ، وإن قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ، ولو قال مائة وثوب أو مائة وشاة لزمه ثوب واحد وشاة واحدة ، والمرجع في تفسير المائة إليه لأنه هو المجمل وهو القياس في الدرهم أيضا وبه قال الشافعي ، لأن المائة مبهمة والمبهم يحتاج إلى التفسير ، ولا تفسير له هاهنا

ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد ، والمرجع في تفسير المائة إليه) وهو القياس في الأول ، وبه قال الشافعي لأن المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسرها فاحتجبت المائة على إيهامها كما في الفصل الثاني . وجه الاستحسان وهو الفرق أنهم استقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين . وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك في الدرهم والدنانير والمكيل والموزون ، أما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها فبقى على الحقيقة .

دراهم ذكره الإمام قاضيخان حيث قال في فتاواه : ولو قال له على ألف ودرهم أو على ألف ودرهمان أو ألف وثلاثة دراهم كان الكل دراهم انتهى (ولو قال مائة وثوب أي ولو قال له على مائة وثوب) لزمه ثوب واحد ، والمرجع في تفسير المائة إليه) أي إلى المقر . قال المصنف (وهو القياس في الأول) يعني أن لزوم درهم واحد والرجوع في تفسير المائة إلى المقر هو القياس في الفصل الأول أيضا وهو قوله له على مائة ودرهم ونظائره) وبه قال الشافعي ، أي : بالقياس أخذ الشافعي في هذا الفصل أيضا (لأن المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها) أي على المائة (بالواو العاطفة لا تفسرها) لأن المعطوف لم يوضع لبيان بل هو يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه (فبقيت المائة على إيهامها كما في الفصل الثاني) وهو قوله له على مائة وثوب ونحو ذلك فلا بد من المصير إلى البيان ، ولكن ، علما أنار جميع الله تعالى فرقا بين الفصائل وأخذوا بالاستحسان في الدرهم والدنانير والمكيل والموزون فجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف فيها إذا قال له على مائة ودرهم أو مائة ودينار أو مائة وقرين حنطة أو مائة ومن زعفران . قال المصنف (وجه الاستحسان وهو الفرق) بين الفصائل (أنهم) أي أن الناس (استقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره) أي بذكر الدرهم مرة (عقيب العددين) ألا يرى أنهم يقولون أحد وعشرون درهما فيكتفون بذكر الدرهم مرة ويعملون ذلك تفسيرا لكل (وهذا) أي استقام (فيما يكثر استعماله وذلك) أي كثرة الاستعمال (عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك) أي كثرة الوجوب بكثرة الأسباب (في الدرهم والدنانير والمكيل والموزون) يعني فيما يثبت في الذمة كالدرهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة وموجلة ، ويعوز الاستقراض بها لعموم البلوى (أما الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها) فإن الثياب لا تثبت في الذمة دينارا إلا في السلم ، والشاة ونحوها لا تثبت دينارا في الذمة أصلا (فبقى) أي بقى هذا القسم (على الحقيقة) أي على الأصل ، وهو أن يكون بيان الحمل إلى الحمل لا إلى المعطوف لعدم صلاحية المعطوف للتفسير إلا عند الضرورة وقد انعدمت هاهنا . أقول : في تقرير وجه الاستحسان على ما ذكره المصنف نظر ، أما أولا فلأن اكتفاءهم بذكر الدرهم مرة عقيب العددين لا يجدي فيما نحن فيه إذ لم يذكر الدرهم فيه عقيب أحد العددين ، بل إنما ذكره عقيب عدد واحد وهو المائة ، وأما ثانيا فلأنهم اكتفوا بذكر مثل الثوب أيضا عقيب العددين ، ألا يرى إلى ما سيأتي أنه إذا قال مائة وثلاثة أثواب يكون الكل أثوابا لا تصرف التفسير إلى مجموع العددين المجهين المذكورين قبله ، ويمكن أن يتصل في الجواب بأن يقال : مراد المصنف أنهم استقلوا تكرار المعيز

لأن الدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة ، وذلك ليس بتفسير لانتفاء المغايرة فبقيت المائة على إيهامها كما في الفصل الثاني . وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصائل أنهم استقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره عقيب العددين ، والاستقلال فيما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه ، وذلك فيما يثبت في الذمة كالدرهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة وموجلة ، ويعوز الاستقراض بها بخلاف غيرها ، فإن الثوب لا يثبت في الذمة دينارا إلا سلمًا ، والشاة لا تثبت دينارا في الذمة أصلا فلم يكثر بكتبتها فبقى على الحقيقة : أي على الأصل ، وهو أن يكون بيان الحمل إلى الحمل لعدم صلاحية المعطوف للتفسير إلا عند الضرورة وقد انعدمت ، وكذا إذا قال مائة وثوبان يرجع في بيان المائة إلى المقر لما بينا أن الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها ، بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب حيث يكون الكل ثيابا

(قوله لانتفاء المغايرة) أقول : أي لانتفاء المعطوف للمغايرة ، بخلاف التفسير فإنه يقتضي الاتحاد (قوله واكتفوا بذكره عقيب العددين) الخ) أقول : لا يثبت عليك أن الاكتفاء عقيب العددين لا يخص ما ثبت دينارا في الذمة في جميع المعاملات ، بل يعم لكل الثوب والشاة وغيرها ،

(وكذا إذا قال مائة وثوبان) لما بينا (بمخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب) لأنه ذكر عددین مبهمین وأعقبها تفسيرا إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف إليهما لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير فكانت كلها ثيابا . قال (ومن أقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة) وفسره في الأصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة . ووجهه أن القوصرة وعاء له وظرف له ، وغصبت الشيء وهو مطروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزم أنه وكذا الطعام في السفينة والخطة في الجواتق ،

في كل عدد بل كثفوا بذكره مرة في بعض الأعداد روما للاختصار ، ألا يرى أنهم اكتفوا بذلك عقيب العددين على الإطلاق والاطراد ، وكذلك اكتفوا به في عدد واحد أيضا فيا يكثر استعماله ودورانه في الكلام كما نحن فيه . نعم الأولى هاهنا أن يطرح من بين حديث الذكر عقيب العددين ، ويقرر وجه الاستحسان على طرز ما ذكر في الكافي وغيره وهو أن قوله ودرهم بيان للمائة عادة لأن الناس استعملوا تكرار الدرهم ونحوه واكتفوا بذكره مرة ، وهذا فيا يكثر استعماله ، وإذا عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه ودورانه في الكلام ، وإذا فيا يثبت في اللمعة كالألغام والمكيل والموزون ، بمخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن فإنه لا يكثر وجوبها وثبوتها في اللمعة فثبت على الأصل . قال في النهاية : وروى ابن سباعة عن أبي يوسف رحمه الله في قوله مائة وثوب أن الكل من الثياب وكذلك في قوله مائة وشاة . ووجهه أن الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة ، بمخلاف العبيد فإنها لا تقسم قسمة واحدة ، وما يقسم قسمة واحدة يتحقق في أعدادها المجاسة فيمكن أن يحمل المفسر منه تفسيرا للمبهم انتهى . وبوالله ما ذكره الإمام قاضيه خان في فتاواه حيث قال : رجل قال لفلان على ألف وعبد عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال : يقر في الأول بما يشاء ، ولو قال ألف وشاة أو ألف وبعير أو ألف وثوب أو ألف وفرس فهي ثياب وأغنام وأبصرة ، ولا يشبه هذا بني آدم لأن بني آدم لا يقسم ، إلى هنا كلامه . وقال الإمام الزهلي في التبيين بعد نقل ذلك عن النهاية : وهذا ليس بظاهر ، فإن عندها يقسم العبيد كالغنم ، وإنما لا يقسمون عند أبي حنيفة رحمه الله انتهى ، فأقول ، قال المصنف (وكذا إذا قال مائة وثوبان) أي يرجع في بيان المائة إلى المقرر (لما بينا) من أن الثياب ومالا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها (بمخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب) حيث يؤكد الكل ثيابا بالاتفاق (لأنه ذكر عددین مبهمین وأعقبهما تفسيرا إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف) حتى يدل على المغايرة (فانصرف إليهما) أي فانصرف التفسير المذكور إلى العددين جميعا (لستوائهما في الحاجة إلى التفسير فكان كلها) أي كل الأحاد المندرجة تحت ذنبك العددين (ثيابا) لا يقال : الأثواب جمع ثوب لا يصلح بميزا للمائة لأنها لما أقرنت بالثلاثة صاروا كمحدد واحد ، كذا في الكافي والشروح (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة) القوصرة بالتخفيف والتشديد : وعاء التمر يتخذ من قصب ، وقولهم إنما نسي بذلك مادام فيها التمر ، وإلا فهي زنبيل مبنی على حرفهم ، كذا في المغرب . قال صاحب الجوهرة : أما القوصرة فأحسبها دخيلا . وقد روى :

أطلق من كانت له قوصرة يأكل منها كل يوم مرة

ثم قال : ولا أدري ما حصة هذا البيت ، كذا في غاية البيان . قال المصنف (وفسره في الأصل) أي فسر الإقرار بتمر في قوصرة في الأصل وهو المبسوط (بقوله) أي يقول المقرر غصبت تمرا في قوصرة . ووجهه : أي وجه جواب هذه المسئلة وهو لزوم التمر والقوصرة جميعا (أن القوصرة وعاء له) أي للتمر (وظرف له) أي للتمر (وغصبت الشيء وهو مطروف) أي والخال أنه مطروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزم أنه أي فيلزم التمر والقوصرة المقرر (وكذا الطعام في السفينة) أي وكذا الحكم فيها إذا قال غصبت الطعام في السفينة (والخطة في الجواتق) أي وفيها إذا قال غصبت الخطة في الجواتق ، والجواتق بالفتح جمع جواتق

بالاتفاق لأنه ذكر عددین مبهمین وأعقبهما تفسيرا ، إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف حتى يدل على المغايرة فانصرف إليهما جميعا لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير . لا يقال : الأثواب جمع لا يصلح تمييزا للمائة لأنها لما أقرنت بالثلاثة صار العدد واجدا . قال (ومن أقر بتمر في قوصرة الخ) الأصل في جنس هذه المسائل أن من أقر بشيئين أحدهما ظرف للآخر فلما أن يذكرها

ثم ما نحن فيه لم يذكر فيه عددان فلا يناسب هذا الكلام ظاهرا (قال المصنف : ووجهه أن القوصرة الخ) أقول : بخلاف قوله على درهمي

بخلاف ما إذا قال غصبت ثمرا من قوصرة لأن كلمة من للانتراع فيكون الإقرار بغصب المزروع . قال (ومن أقرّ بداية في إصطبل لزمه الدابة خاصة) لأن الإصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قياس قول محمد يضمنهما ؛

بالضم ، والجواريق بزيادة الياء تسامح ، كذا في المغرب . والأصل في جنس هذه المسائل أن ما كان الثاني طرفا للأول ووعاء له لزمه نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وحنطة في جرائق ، وما كان الثاني مما لا يكون وعاء للأول نحو قوالب غصبت درهما في درهم لم يلزم الثاني لأنه غير صالح لأن يكون طرفا لما أقرّ بغصبه أولا فلغا آخر كلامه ، كذا في المبسوط وذكر في الشروح . أقول : يرد على هذا الأصل النقض بما إذا أقرّ بداية في إصطبل فإن اللازم على المقر هناك هو الدابة خاصة عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما سيأتي مع أنه لا ريب في أن الثاني فيه صالح لأن يكون طرفا للأول . ويمكن أن يقال : إن ذلك من باب التخلّف لمانع ، وقد عدم المانع في الأحكام الكلية غير لازم كما صرحوا به في مواضع منها أول كتاب الوكالة (بخلاف ما إذا قال غصبت ثمرا من قوصرة) يعنى أن الحكم المذكور في كلمة في وأما الحكم في كلمة من فيتمتله (لأن كلمة من للانتراع فيكون إقرارا بغصب المزروع) يعنى أن كلمة من لا ابتداء للغاية فيكون إقرارا بأن مبدأ الغصب من القوصرة وإنما يفهم منه الانتراع كذا في الكفاية ومراجع الدراية أعلمنا من الكافي . وقال في النهاية لأن كلمة من للتبويض ، فلما يفهم منه الانتراع انتهى . وقال في غاية البيان : ووجهه أن كلمة من يستعمل للتبويض والتمييز فيكون الانتراع لازما لهما ، لأن معناه أن من موضوعه للانتراع انتهى . أقول : الحق في توجيه كلام المصنف هاهنا ما ذهب إليه الفرقة الأولى لا ما ذهب إليه الفرقة الأخرى ، لأن كلمة من في قول القائل غصبت ثمرا من قوصرة لا تحتمل معنى التبويض ، إذ لا يصلح أن يكون الثمر بعض القوصرة فكيف يفهم الانتراع من التبويض في ذلك القول . وأما انفعال الانتراع من التبويض عند استعمال كلمة من في معنى التبويض في موضع آخر فلا يجدى شيئا هاهنا كما لا يخفى على ذى فطرة سليمة ، بخلاف معنى الابتداء فإن كلمة من في ذلك القول تحتمل الابتداء قطعاً فيتم التقريب جدا . وأما الحكم في كلمة على نحو أن يقول غصبت إكافا على حمار فكان إقرارا بغصب الإكاف خاصة ، والحمار المذكور لبيان محل المصوب حين أخذه ، وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل ، كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح (قال أي القدوري في مختصره) (ومن أقرّ بداية في إصطبل لزمه الدابة خاصة) إنما قال لزمه الدابة خاصة ولم يقل كان إقرارا بالدابة خاصة لما أن هذا الكلام إقرار بهما جميعا ، إلا أن القوم على قول أبي حنيفة وأبي يوسف في الدابة خاصة ، وإليه أشار المصنف بقوله (لأن الإصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف) لأن الغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بالنقل والتحويل عندهما ، والإصطبل بما لا ينقل ولا يحول فلا يكون مضمونا بالغصب عندهما (وعلى قياس قول محمد يضمنهما) أي يضمن الدابة والإصطبل ، لأن محمدا رحمه الله يرى غصب

بكلمة في أو بكلمة من . فإن كان الأول كقول غصبت من فلان ثمرا من قوصرة : وهي بالتخفيف والتشديد وعاء الثمر أو ثوبا في منديل أو طعاما في سفينة أو حنطة في جرائق لزمه ، لأن غصب الشيء وهو مطرووف لا يتحقق بدون الظرف ، وإن كان الثاني كقول غصبت ثمرا من قوصرة وثوبا في منديل وطعاما في سفينة لم يلزم إلا المطرووف ، لأن كلمة من للانتراع فيكون إقرارا بغصب المزروع ، ومن أقرّ بشيئين لم يكن كذلك كقول غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني ، لأن الثاني لما لم يصلح طرفا

في فقيز حنطة فإنه يلزم الدرهم والتميز باطل لأنه أقرّ بهم في اللمة ؛ وما في اللمة لا يتصور أن يكون مطروفا في شيء آخر . ووجه التفسير بما ذكره يعلم من هذا غلبنا ، والمستلة المذكورة في غاية البيان في شرح قوله له على خمسة في خمسة (قوله زين أقرّ بشيئين لم يكن كذلك) أقول : أي أحدهما طرفا والآخر مطروفا .

ومثله الطعام في البيت . قال (ومن أقرّ لغيره بخاتم : لزمه الحلقة والغص) لأن اسم الخاتم يشمل الكل (ومن أقرّ له سيف فله النصل والجفن والحماثل) لأن الاسم ينطوي على الكل (ومن أقرّ بحجلة فله العيدان والكسوة) لانطلاق الاسم على الكل عرفا (وإن قال غصبت ثوبا في متدليل لزمه جميعا) لأنه ظرف لأن الثوب يلف فيه . (وكذا لو قال على ثوب في ثوب) لأنه ظرف ، بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لأنه ضرب لا ظرف (وإن قال ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند أبي يوسف . وقال محمد : لزمه أحد عشر ثوبا)

المعار فيدخلان في الضمان عنده كما يدخلان في الإقرار (ومثله الطعام في البيت) أي ومثل الإقرار بالداية في الإصطيل الإقرار بالطعام في البيت . قال في المبسوط : ولو قال غصبت منك طعاما في بيت كان هذا بمنزلة قوله طعاما في سفينة ، لأن البيت قد يكون وعاء للطعام فيكون إقرارا بغصب البيت والطعام ، إلا أن الطعام يدخل في ضمانه بالغصب والبيت لا يدخل في ضمانه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأنه ما لا يتقبل ولا يحرك ، والغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بالنقل والتحويل ، وإن قال لم أحرك الطعام من موضعه لم يصدق في ذلك لأنه أقرّ بغصب تام ، وفي الطعام يتحقق ذلك بالنقل والتحويل فكان هو في قوله لم أنقله واجبا عما أقرّ به فلم يصدق فكان ضمانا للطعام ، وفي قول محمد هو ضامن للبيت أيضا إلى هنا لفظ المبسوط (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقرّ لغيره بخاتم : لزمه الحلقة والغص) قال المصنف في تعليقه (لأن اسم الخاتم يشمل الكل) أي يتناول الحلقة والغص جميعا ولهذا يدخل الغص في بيع الخاتم من غير تسمية ، فإذا تناولها اسم الخاتم لزمه جميعا بالإقرار بالخاتم (وإن أقرّ له) أي لغيره (سيف فله النصل) وهو حديدية السيف (والجفن) وهو الغمد (والحماثل) جمع حاملة بكسر الحاء وهي علاقة السيف (لأن الاسم) يعني اسم السيف (ينطوي) أي يشتمل (على الكل) عرفا فله الكل (ومن أقرّ بحجلة) الحجلة بفتحين واحدة حجال العروس ؛ وهي بيت يزين بالثياب والأسرة والستور ، كذا في الصراح (فله) أي فله المقرّ له (العيدان) برفع الهمزة جمع عود وهو الخشب كالعيدان جمع دود (والكسوة) أي وله الكسوة أيضا (لانطلاق الاسم) أي اسم الحجلة (على الكل عرفا) فله الكل ، وكذا لو أقرّ بدار أو أرض لرجل دخل البناء والأشجار إذا كانا فيهما حتى أن المقرّ لو أقام بيته بعد ذلك على أن البناء والأشجار لم يصدق ولم تقبل بيته ، وكذا لو أقام المقرّ بالخاتم بيته على أن الغص له لم تقبل بيته ، وأما إذا قال هذا الخاتم لي وفضه لك ، أو هذا السيف لي وحليته لك ، أو هذه الحجلة لي وبطانتها لك وقال المقرّ له الكل لي فالقول للمقرّ بعيد ذلك ينظر إن لم يكن في نزع المقرّ به ضرر للمقرّ يؤمر المقرّ بالنزع والدفع إلى المقرّ له ، وإن كان في النزع ضرر فواجب على المقرّ أن يعطيه قيمة ما أقرّ به ، كذا في اللخيرة (وإن قال غصبت ثوبا في متدليل لزمه جميعا لأنه) أي المتدليل (ظرف) للثوب (لأن الثوب يلف فيه) وقد مر أن غصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف (وكذا) أي وكذا الحكم (لو قال على ثوب في ثوب) لزمه (لأنه ظرف) أي لأن الثوب الثاني ظرف للثوب الأول فيلزمه الثوبان جميعا (بخلاف قوله درهم في درهم) أي بخلاف ما لو قال على درهم في درهم (حيث يلزمه واحد) أي درهم واحد (لأنه) أي لأن قوله في درهم (ضرب) أي ضرب حساب (لا ظرف) كما لا يخفى (وإن قال ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند أبي يوسف) وفي الكافي وهو قول أبي حنيفة ، وفي التبيين وهو قول أبي حنيفة أولا (وقال محمد : يلزمه أحد عشر ثوبا

للأول لغا آخر كلامه . ومن أقرّ بغصب دابة في إصطيل لزمه الدابة خاصة : يعني أن الإقرار بإقرار بهما جميعا ، لكن لا يلزمه إلا ضمان الدابة خاصة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وكذا إذا قال غصبت منه طعاما في بيت لأن الدابة والطعام يدخلان في ضمانه بالغصب ، والإصطيل والبيت لا يدخلان عندهما لئيهما غير متحولين ، والغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بالنقل والتحويل ، وعند محمد يدخلان في ضمانه دخولهما في الإقرار لأنه يرى بغصب المعار . والنصل حديدية السيف ، والجفن الغمد ،

لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أبواب فأمكن حمله على الظرف . ولأبي يوسف أن حرف واء يستعمل في البين والوسط أيضا ، قال الله تعالى - فادخل في عبادى - أى بين عبادى - وقوع الشك والأصل براءة الذم ، على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الأول محملا .

لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أبواب فأمكن حمله على الظرف) يعنى أن كلمة في حقيقة في الظرف وقد أمكن العمل بالحقيقة هاهنا ، لأن الثوب الواحد قد يلف لزمته وتفاصيله في عشرة أبواب فلا يصحار إلى الخازن . قيل هو منقوض على أصله ، فإنه لو قال غصبت كرباسا في عشرة أبواب حرير لزمه الكل عند محمد في هذه الصورة أيضا مع أن عشرة أبواب حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة ، كذا في الشروح . قال في التباية : وإليه أشار في المبسوط (ولأبي يوسف أن حرف في يستعمل في البين والوسط أيضا ، قال الله تعالى - فادخل في عبادى - أى بين عبادى وقوع الشك) في أن المراد بحرف واء هاهنا معنى الظرف أو معنى البين ، وبالشك لا يثبت ما زاد على الواحد (والأصل براءة الذم) لأنها خلقت بريئة حرة عن الحقوق فلا يجوز شغلها إلا بمجبة قوية ولم توجد فيها زاد على الواحد فلم يلزمه إلا ثوب واحد (على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء) يعنى أن مجموع العشرة ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منها موعى بما حواه ، فإنه إذا لفت ثوب في أبواب يكون كل ثوب موعى في حق ما وراءه ، ولا يكون وعاء إلا الثوب الذى هو ظاهر فإنه وعاء وليس بموعى ، فلنقل كل هاهنا لحد التكثير للاستغراق كما قالوا في نظائرها ، فإذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد لم يمكن حل كلمة في على الظرف في قوله ثوب في عشرة أبواب (فتعين الأول) أى المعنى الأول الذى هو البين (محملا) بكلمة واء في قوله المزبور فكانه قال على ثوب بين عشرة أبواب ولم يلزمه بهذا المعنى إلا ثوب واحد . قال كثير من الشراح في حل هذا المقام : فإذا لم يتحقق كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وزاد على هذا من بينهم صاحب العناية أن قال : وتعين أول كلامه محملا : يعنى أن يكون في معنى البين انتهى . أقول : هذا الشرح منهم لا يطابق المشروع ، إذ لا يساعد كلام المصنف جعل آخر كلام المقر لغوا ، فإن قوله فتعين الأول محملا يدل على أن لآخر كلام المقر وهو قوله في عشرة أبواب محملا متيناً وهو معنى البين المذكور أولا ، فإذا تيسر لآخر كلامه بل تعين له محمل صحيح من المعاني المستعملة فيها كلمة في لم يصبغ جعل ذلك لغوا من الكلام ، إذ يجب صيانة كلام الماقل عن التفرع مهما أمكن . ثم من العجايب ما زاده صاحب العناية ، فإن قوله وتعين أول كلامه محملا بعد قوله كان آخر كلامه لغوا يدل على أنه حل على الأول في قول المصنف فتعين الأول محملا على أول كلام المقر ، وهذا مع كونه مما يأتى عنه جدا قيد محملا يتأخره تفسيره بقوله يعنى أن يكون في معنى البين ، لأن الكون في معنى البين إنما يتصور في آخر كلام المقر وهو قوله في عشرة أبواب دون أول كلامه وهو قوله على ثوب إذ لا أساس له بمعنى البين أصلا . واعلم أن الإمام الزاهدى قال في شرح مختصر القندورى : قد أشبهه على في هذه المسائل كلها أن المراد من هذه المسائل كلها أن المظروف معين مشار إليه أم يستوى المعين والمذكر في ذلك ، إلى أن ظفرت بالرواية بحمد الله تعالى ،

والحمايل جمع حالة بكسر الحاء وهى علاقة السيف ، والحجلة بيت يزين بالثياب والأسمرة ، والعيدان برقع التون جمع عود وهو الخشب ، وبقيّة كلامه يعلم من الأصل المذكور (قوله لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أبواب) قيل هو منقوض على أصله بأن قال غصبت كرباسا في عشرة أبواب حرير لزمه الكل عند محمد مع أن عشرة أبواب حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة (قوله على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء) معناه أن الجميع ليس بوعاء للواحد ، بل كل واحد منها موعى بما حواه ، والوعاء الذى هو ليس بموعى هو ما كان ظاهرا ، فإذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وتعين

(قوله قيل هو منقوض على أصله) أقول : إطلاق النقص ليس بموافق للاصلاح ، فإن اللازم تصور الدليل عن المدعى (قال المصنف : وقوع الشك) أقول : لتعارض الحقيقة لكلمة في وبقاعدة ، فإن الثوب الواحد لا يصح أن عشرة أبواب حادة (قال المصنف : على أن كل ثوب موعى إلخ) أقول : لفظة كل هاهنا للتكثير .

(ولو قال لفلان على خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة) لأن الضرب لا يكثر المال . وقال الحسن : يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق (ولو قال أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة) لأن اللفظ يحتمله (ولو قال له على من درهم إلى عشرة أو قال مابين درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية ، وقال : يلزمه العشرة كلها) فتدخل الغايتان . وقال زفر : يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان .

ومنه أنه يستوى فيه المعرف والمنكر ويرجع في بيان المنكر إليه وهو ما قاله في المحيط ، ولو قال غصبتك ثوبا في متدليل فهو إقرار بغصب الثوب والمتدليل ويرجع في البيان إليه ، ولو قال درهم في درهم أو درهما في طعام لم يلزمه إلا درهم ، والأصل في هذه المسائل أن في متى دخلت على ما يصلح ظرفا ويجعل ظرفا عادة اقتضى غصبيهما ، وإلا فنصب الأول دون غيره ، إلى هنا كلامه (ولو قال لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة) هذا لفظ القدوري في مختصره . قال المصنف في تعليقه (لأن الضرب لا يكثر المال) يعني أن أثر الضرب في تكثير الأجزاء لإزالة الكسر لا في تكثير المال وخمسة دراهم وزنا ، وإن جعل ألف جزء لا يزيد فيه وزن قيراط ، على أن حساب الضرب في المسوحات لا في الموزونات ، كذا قالوا ، ولأن حوف في الظرف حقيقة والدراهم لا تكون ظرفا للدراهم ، واستعماله في غير الظرف مجاز ، والمجاز قد يكون بمعنى مع ، قال الله تعالى - فادخل في عبادى - أى مع عبادى ، وقد يكون بمعنى على كما في قوله تعالى - ولأصليكنم في جلوج النخل - أى على جلوج النخل ، وليس أحدهما أولى من الآخر فلزمه خمسة بأول كلامه ولغا آخره ، كذا في الميسوط وغيره (وقال الحسن) يعني الحسن بن زياد صاحب أبي حنيفة (يلزمه خمسة وعشرون) لأنه الحاصل من ضرب خمسة في خمسة عند أهل الحساب وقد مر جوابه آنفا . قال المصنف (وقد ذكرناه في الطلاق) أى في باب إيقاع الطلاق من كتاب الطلاق ، ولم يذكر المصنف هذه المسئلة ثمة صريحا بل فهم ذلك من الخلاف الواقع بيننا وبين زفر فيما لو قال أنت طالق ثنتين في ثنتين ونوى الضرب والحساب ، فنحننا يقع ثنتان وعنده يقع ثلاث ، وإنما ذكر مسألة الإقرار صريحا في كتاب الطلاق في شروح الجامع الصغير ، كذا في غاية البيان (ولو قال أردت خمسة مع خمسة) أى لو قال المقر أردت بقولى خمسة في خمسة خمسة مع خمسة (لزمه عشرة لأن اللفظ يحتمله) قال الله تعالى - فادخل في عبادى - قيل مع عبادى ، كذا في الكافي ، ولو قال عنيت خمسة وخمسة لزمه عشرة أيضا لأنه استعمل في بمعنى واو المطف ، كذا في الميسوط . وقد ذكر المصنف في باب إيقاع الطلاق أنه لو نوى بقوله واحدة في ثنتين واحدة وثلثين فهى ثلاث لأنه يحتمله ، فإن حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ، وإن نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلاث لأن في باقى بمعنى مع قال الله تعالى - فادخل في عبادى - ولو نوى الظرف يقع واحدة لأن الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني ، إلى هنا لفظه . قال صاحب النهاية : ولم يذكر في الكتاب ولا في الميسوط أنه لو أراد بنى معنى على ما حكمه عند علمائنا . وذكر في الأخيرة أن حكمه أيضا كحكمه في ، حتى لو قال لفلان على عشرة في عشرة ثم قال عنيت به على عشرة أو قال عنيت به الضرب لزمه عشرة عند علمائنا اه (ولو قال له على من درهم إلى عشرة أو قال ما بين درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية ، وقال : يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان) أى الابتداء والانتها . وقال زفر : يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان) قال في النهاية : والقياس ما قاله زفر ، فإنه جعل الدرهم الأول والآخر حدا ولا يدخل الحد في الحدود كمن قال لفلان من هذا الحائط إلى هذا الحائط أو مابين هذين الحائطين لا يدخل الحائطان في الإقرار ، فكذلك هاهنا لا يدخل الحدان ، وأبو يوسف ومحمد قالوا : هو كذلك في حد قائم بنفسه كما في المحسوسات فأما بما ليس قائم بنفسه فلا لأنه إنما يتحقق كونه محدا إذا كان واجبا فأما ما ليس بواجب فلا يتصور أن يكون حدا لما هو واجب

أول كلامه محملا : يعني أن يكون في معنى الين (قوله لأن الضرب لا يكثر المال) معناه أن أثر الضرب في تكثير الأجزاء لإزالة الكسر لا في زيادة المال ، وخمسة دراهم وزنا وإن جعلته ألف جزء لم يزد فيه وزن قيراط ، وباقى كلامه ظاهر ، وقد تقدم في كتاب الطلاق .

(ولو قال له من دارى ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء) وقد مرت الدلائل فى الطلاق .

(فصل)

(ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم، فإن قال أوصى له فلان أو مات أبوه فورثه بالإقرار صحيح) لأنه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له (ثم إذا جاءت به فى مدة يعلم أنه كان قائما وقت الإقرار لزمه ،

وأبو حنيفة يقول : الأصل ما قاله زفر من أن الحد غير الملبود ، وما لا يقوم بنفسه حد ذكر وإن لم يكن واجبا ، إلا أن الغاية الأولى لابد من إدخالها لأن الدرهم الثانى والثالث واجب ولا يتحقق الثانى بدون الأول ، ولأن الكلام يستلحق ابتداء ، فإذا أحرجتنا الأول من أن يكون واجبا صار الثانى هو الابتداء فيخرج هو من أن يكون واجبا ثم الثالث والرابع وهكذا بعده ، فلا أجل هذه الضرورة أدخلنا فيه الغاية الأولى ، ولا ضرورة فى إدخال الغاية الثانية فأخذنا فيها بالقياس انتهى .
والحاصل أن ما قاله أبو حنيفة فى الغاية الأولى استحسان وفى الغاية الثانية قياس وما قالاه فى الغائتين استحسان وما قاله زفر فيهما قياس كذا فى مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده (ولو قال له من دارى ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط فله) أى للمقر (ما بينهما) أى ما بين الحائطين (وليس له من الحائطين شيء) أى لا تدخل الغائتين فى هذه الصورة بالانقافى . قال المصنف (وقد مرت الدلائل) أى دلائل هذه المسائل (فى الطلاق) أى فى باب إيقاع الطلاق من كتاب الطلاق فن شاء الإطلاع عليها فليراجعه .

(فصل)

لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها صورة ومعنى ذكرها فى فصل على حدة وألحق بها مسألة الخيار اتباعا للمبسوط ، كذا فى الشروح (ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم) فهو لا يمثل عن ثلاثة أوجه ، لأنه إما أن يبين سببا أو لا يبين ذلك ، فإن يبين سببا فإما أن يكون ذلك السبب صالحا أو غير صالح ، فإن كان صالحا وهو الذى ذكره بقوله (فإن قال أوصى بها) أى بالألف (له) أى للحمل وهو الجنين (فلان أو) قال (مات أبوه) أى أبوا الحمل (فورثه) أى ورث الحمل الألف أثبت ضمير الألف أولا باعتبار الدرهم ، وذكره ثانيا ليكون الألف مذكرا فى الأصل . قال فى القاموس : الألف من العدد مذكر ، ولو أثبت باعتبار الدرهم جاز انتهى (فالإقرار) فى هذا الوجه (صحيح لأنه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له) أى للحمل : يعنى أنه بين سببا صالحا لثبوت الملك للحمل ، فلو عايناه حكنا بوجود المال عليه ، فكذلك إذا ثبت بإقراره ، وهذا لأن الإقرار صدر من أهله مضاعفا إلى محله ولم يتحقق بكدبه فيها أقر به فكان صحيحا كما لو أقر به بعد الانفصال لأن الجنين أهل لأن يستحق المال بالإرث أو الوصية (ثم إذا) وجد السبب فلا بد من وجود المقر له عنده ، فإن (جاءت) أى فلانة (به) أى بالولد (فى مدة يعلم بها أنه) أى الولد (كان قائما) أى موجودا (وقت الإقرار لزمه) أى لزم المقر ما أقر به ، والعلم بأن الولد

(فصل)

لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها فى فصل على حدة وألحق بها مسألة الخيار اتباعا للمبسوط ، والله أعلم . قال (ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم الخ) ومن أقر لحمل ، فإما أن يبين سببا أولا ، فإن يبين فإما أن يكون سببا صالحا أولا

(فصل)

(قال المصنف : ومن قال لحمل فلانة الخ) أقول : قال الإجماع : لو أوصى لداية رجل أن يملف به موته جازت الوصية لأنها وصية لصاحب الداية ، لأن الداية لاتصلح مستفيدة فيفسد ذكرها لتعين للمصرف انتهى . وفى المحيط فى باب إقرار الصبي والمعترة والسكران والأغوين والإقرارهم : لو قال لداية فلان على ألف درهم أو أوصى لها بالملف واستهلكه يصح ويكون لصاحبها انتهى (قوله وألحق بها) مسألة الخيار اتباعا لما فى المبسوط) أقول : أى فى إيراد مسألة الخيار عقب مسائل الحمل ، وإن خالف المبسوط حيث أوردتها فى فصل واحد . (٤٤ - كلمة فتح القدير حتى ٨٠)

كان موجودا وقت الإقرار بطريقتين أحدهما حقيقى والآخر حكى . فالحقيقى ما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر ، والحكى ما إذا وضعت لأكثر من ستة أشهر إلى سنتين وكانت المرأة معتدة ، إذ حينئذ يحكم بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده في البطن ، وأما إذا لم تكن معتدة وجاءت به لأكثر من ستة أشهر فلم يستحق شيئا كذا قالوا ، ثم إن الشراح افترقوا هاهنا في تعيين أول مدة يعلم بها أن الولد كان موجودا وقتئذ ، ففهم من ذهب إلى أنه من وقت الإقرار حيث قال بأن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار كما قال صدر الشريعة أيضا في شرح الوقاية . ومنهم من ذهب إلى أنه من وقت موت الموصى أو المورث حيث قال بأن وضعت لأقل من ستة أشهر مات المورث والموصى كما قاله صاحب الكافي ، وذكر في المبسوط أيضا أقول : القول الأول وإن كان أوفق بالمشروح في الظاهر حيث ذكر فيه كون الولد قائما وقت الإقرار إلا أن القول الثانى هو الموافق للتحقيق ، وهو أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق لا إنشاء الحق ابتداء كما تقرر في صدر كتاب الإقرار ، فإن مقتضى ذلك أن يقرر وجود المهر له عند تحقق سبب الملك لا عند مجرد الإقرار ، وسبب الملك فيما نحن فيه إنما يتحقق وقت موت الموصى أو المورث فلا بد أن يعتبر أول مدة يعلم بها وجود الحمل من وقت موت الموصى أو المورث ليتقرر وجوده عند تحقق سبب الملك ، فإنه إذا جاءت بالولد في مدة هي أقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، وسبب الملك فيما نحن فيه إنما يتحقق وقت موت الموصى أو المورث ، أو أكثر من ستة أشهر إلى سنتين من وقت موت الموصى أو المورث في غير المعتدة ، فالظاهر أنه لا يلزم المقر للحمل شيء ، أما إذا جاءت به لأكثر من سنتين من وقت موت الموصى أو المورث فلائذ يتعين حينئذ أن الجنين لم يكن موجودا عند تحقق سبب الملك فلم يكن أهلا لاستحقاق المالك ، ولا يندكونه موجودا عند مجرد الإقرار لأن الإقرار إخبار عن ثبوت الملك بسبب سابق لا إنشاء الملك في الحال . وأما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر إلى سنتين من وقت موت الموصى أو المورث في غير المعتدة فلائذ لا يتعين حينئذ كون الجنين موجودا عند تحقق سبب الملك بل يبقى على مجرد الاحتمال ، ولا يثبت الحكم بالشك فلا يلزم المقر له شيء وإن كان موجودا وقت الإقرار كما إذا بين سببا غير صالح على ما ساقى . لكن بين هاهنا شيء على القول الثانى أيضا وهو أنه إذا حصل العلم بوجود الجنين بالطريق الحكى لا بالحقيقى وذلك بأن وضعت لأكثر من ستة أشهر إلى سنتين وكانت معتدة قالوا يحكم حينئذ بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده في البطن حين موت المورث أو الموصى ، ولا يخفى أن الحكم بثبوت النسب إنما يكون فيما إذا ولدت لأقل من سنتين من وقت الفراق وهو لا يقتضى الحكم بوجوده في البطن حين موت المورث أو الموصى بلواز أن يكون وقت موت المورث أو الموصى أكثر من سنتين ووقت الفراق أقل منهما . فإن قيل : اعتبر أول المدة في الطريق الحقيقى على القول الثانى من وقت موت المورث أو الموصى في الطريق الحكى

فإن كان صالحا مثل أن يقول أوصى له فلان أو مات أبوه فورته فالإقرار صحيح لأنه بين سببا لو عايناه حكما به فكذلك إقراره ، ثم إذا وجد السبب الصالح فلا بد من وجود المقر له عند الإقرار ، فإن جاءت به لمدة يعلم فيها أنه كان قائما : أى موجودا وقت الإقرار بأن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار لزمه ، وإن جاءت به لأكثر إلى سنتين وهى معتدة فكذلك ، وأما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر وهى غير معتدة لم يلزمه ، وكلنا إن جاءت به ميتا فالملك للموصى والمورث يقسم بين ورثته ، لأن هذا الإقرار فى الحقيقة لهما ، وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ، وإن جاءت بولده حين فالملك بينهما نصفين إن كانا ذكرين أو أنثيين ، وإن كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى فى الوصية كذلك ، وفى الميراث للذكر

وفى المبسوط مقول لكل منهما بابا على حدة ، فنحن سائل الحمل بقوله باب الإقرار لما فى البطن وسائل الخيار بقوله باب الخيار (قوله من وقت الإقرار لزمه) أقول : الصواب أن يقول من وقت موت الموصى والمورث كما قاله العلامة السنن فى الكافي حيث قال : قال فى المبسوط : وهذا إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من حين مات الموصى والمورث حتى علم أنه كان موجودا فى ذلك الوقت ، وإن وضعت لأكثر من ستة أشهر لم يصح شيئا إلا أن تكون المرأة معتدة ، فحينئذ إذا جاءت بالولد لأقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده فى البطن حين مات الموصى والمورث انتهى . وذلك هو الموافق أيضا لما سيجهى فى كتاب الرضا بفراسمه (قوله وفى الميراث للذكر

فإن جاءت به ميتا فالسالم للموصى والمورث حتى يقسم بين ورثته) لأنه إقرار في الحقيقة لها ، وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل (ولو جاءت بولدين حين فالسالم بينهما ، ولو قال المرق باعني أو أقرضني لم يلزمه شيء) (لأنه بين مستحيلا .

أيضا كذلك فلا يتصور حينئذ أن يكون وقت موت المورث أو الموصى أكثر من سنتين وإلا لا يكون طريقا لعلم بذلك أصلا . قلنا : فعل ذلك لا يثبت الحكم بثبوت النسب رأسا حتى يكون ذلك حكما بوجوده في البطن حين موت المورث أو الموصى لجواز أن يكون وقت موت المورث أو الموصى أقل من سنتين ووقت الفراق أكثر منهما فلا يصح الحكم حينئذ بثبوت النسب فليتأمل (فإن جاءت به) أي إن جاءت فلانة بالولد (ميتا فالسالم للموصى) فيما إذا قال أوصى به له فلان (والمورث) فيما إذا قال مات أبوه فورته (حتى يقسم بين ورثته) أي يقسم المال بين ورثة كل واحد من الموصى والمورث (لأنه) أي لأن ما قاله (إقرار في الحقيقة لها) أي للموصى والمورث (وإنما ينتقل) إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل (إليه هاهنا لأنه مات قبل الولادة (ولوجاءت بولدين حين فالسالم بينهما) نصفيين إن كانا ذكرا أو أنثيين . وإن كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى ففي الوصية كذلك ، وفي الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، كذا في الشروح . قال بعض الفضلاء : وهذا إذا لم يكونا من أولاد أم الميت لما صرحوا من أن ذكورهم وإناتهم في الاستحقاق والقسمة سواء . أقول : لا حاجة إلى هذا التقييد بالنظر إلى وضع المسئلة ، وهو : إن قال الميراث أبوه فورته فهذا لم يتعرض له شرح الكتاب وصاحب الكافي وغيرهم ، وأما بالنظر إلى مطلق الإرث فلا بد من التقييد وإن كان السبب غير صالح وهو الذي ذكره بقوله (ولو قال المرق باعني أو أقرضني) أي باعني الجمل أو أقرضني (لم يلزمه شيء) لأنه بين مستحيلا (أي لأن المرق بين سببا مستحيلا في العادة ، إذ لا يتصور البيع والإفراض من الجنين لأحقة وهو ظاهر ، ولا حكما لأنه لا ولاية لأحد على الجنين حتى يكون تصرفه بمنزلة تصرف الجنين فيصير مضافا إليه من هذا الوجه ، وإذا كان ما بينه من السبب مستحيلا صار كلامه لغوا فلم يلزمه شيء . فإن قيل : فهذا يكون رجوعا عن الإقرار والرجوع عن الإقرار لا يصح وإن كان موصولا . قلنا : ليس كذلك ، بل هو بيان سبب محتمل

مثل حظ الأنثيين ، وإن كان السبب غير صالح مثل أن قال باعني أو أقرضني لم يلزمه شيء . لأنه بين مستحيلا لعدم تصورهما من الجنين لأحقة وهو ظاهر ، ولا حكما لأنه لا يؤول عليه . فإن قيل : كان ذلك رجوعا وهو في الإقرار لا يصح . أجيب بأنه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا أو خطأ ويد فلان صحيحة ، وهذا بخلاف ما إذا أقر للرضيع وبين السبب بذلك ، لأنه إن لم يتصور ذلك منه حقيقة فقد يتصور ذلك حكما بنائيه وهو القاضى أو من يأذن له القاضى ، وإذا تصور بالنائب جاز للمقر إضافة الإقرار إليه وإن لم يبين سببا ، وهو المراد بقوله وإن أهبم الإقرار لم يصح عند أبي يوسف وصححه محمد ، لأن الإقرار إذا صدر من أهله مضافا إلى عمله كان حجة يجب العمل بها ، ولا نزاع في صدوره عن أهله لأنه هو المفروض وأمكن إضافته إلى العمل بحمله على السبب الصالح حلا لكلام المائل على الصحة ، كالعيد المأذون إذا أقر بدين فلان إقراره وإن احتمل الفساد بكونه صدقا أو دين كفاة والصحة بكونه من التجارة كان صحيحا تصحيحا لكلام المائل . ولأبي يوسف أن مطلق الإقرار ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة ولهذا حل إقرار العبد المأذون له وأحد المضاضين عليه

مثل حظ الأنثيين) أقول : إذا لم يكونا من أولاد أم الميت لما صرحوا من أن ذكورهم وإناتهم في الاستحقاق والقسمة سواء (قوله فإن قيل كان ذلك رجوعا إلى) أقول : أنت خير بأن هذا السؤال إنما يتوهم وروده على ملحق محمد لأجل رأى أبي يوسف فإنه لا يصح الإقرار إذا أهبم حتى يكون بيان السبب للمستحيل رجوعا (قوله أجيب بأنه ليس برجوع بل ظهور كذب بيقين الخ) أقول : في مبسوط شمس الأئمة . قلنا : لا كذلك بل هو بيان سبب محتمل ، فقد يشتبه على الجاهل فيظن أن الجنين يثبت عليه الولاية كالمتفصل فيملكه ثم يقر بذلك المال الجنين بناء على ظنه وتبين سببه ، ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه بياناً لارجوعا فهذا كان مقبولا منه التمس . ومن هذا الجواب يعلم أن قوله بل ظهور كذب بيقين محل كلام ، وإن شئت زيادة تفصيل فراجع إلى مقالنا في توجيه قوله عليه الصلاة والسلام « كل ذلك لم يكن

قال (وإن أبهم الإقرار لم يصح عند أبي يوسف ، وقال محمد : يصح) لأن الإقرار من الحجج فيجب إعماله وقد أمكن بالحمل على السبب الصالح . ولأبي يوسف أن الإقرار مطلقه ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة ، ولهذا حل إقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين عليه فيصير كما إذا صرح به .

وقد يشبهه على الجاهل فيظن أن الجنتين يثبت عليه الولاية كالمفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنتين بناء على ظنه وبين سببه ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه هذا بيانا لارجوعا فلهذا كان مقبولا منه ، كذا في المبسوط وأكثر الشراح . قال في العناية : عجيب بأنه ليس يرجع ، بل ظهر كذبه ييقن كما لو قال قطعت يد فلان عمدا أو خطأ ويد فلان صحيحة انتهى . أقول : فيه بحث ، لأنه إن ظهر كذبه فإثما ظهر في بيان ذلك السبب الغير الصالح لا في أصل إقراره ، وهذا لا ينافي كون بيان السبب بذلك الوجه رجوعا عن أصل إقراره الواقع في أول كلامه بلحاز أن يكون صادقا في إقراره بأن كان له سبب صالح في نفس الأمر ولكن قصد الرجوع فينبى سببا مستحيلا ، بخلاف قوله قطعت يد فلان وهي صحيحة فإنه كاذب هناك في أصل إقراره ييقن ، فالظاهر في الجواب ما ذكر في المبسوط وغيره . فإن قلت : كما أن البيع والإقراض لا يتصوران من الجنتين كذلك لا يتصوران من الرضيع ، ومع ذلك لو أقر بأن عليه ألف درهم لهذا الصبي الرضيع بسبب البيع أو الإقراض أو الإجارة فإنه صحيح يؤخذ به . قلت : الرضيع وإن كان لا يتجر بنفسه لكنه من أهل أن يستحق الدين بهذا السبب بتجارة وليه ، وكذلك الإقراض وإن كان لا يتصور منه لكنه يتصور من نائبه وهو القاضي أو الأب بإذن القاضي ، وإذا تصور ذلك من نائبه جاز للمقر إضافة الإقرار إليه لأن فعل النائب قد يضاف إلى المنوب عنه ، كذا في النهاية وغيرها ، وإن لم يبين سببا أصلا وهو المراد بقوله (وإن أبهم الإقرار لم يصح) أى الإقرار (عند أبي يوسف) قيل وأبو حنيفة معه ، وبه قال الشافعي في قول (وقال محمد : يصح) وبه قال الشافعي في الأصح ومالك وأحمد (لأن الإقرار من الحجج) الشرعية (فيجب إعماله) مهما أمكن ، وذلك إذا صدر من أهله مضافا إلى عمله (وقد أمكن) إعماله هاتنا ، إذ لا نزاع في صدوره عن أهله لأنه هو المقروض وأمكن إضافته إلى عمله (بالحمل على السبب الصالح) وهو الميراث أو الوصية تحريا للجواز وتضميحا لكلام العاقل كالعبد المأذون له إذا أقر بدين فإن إقراره وإن احتمل الفساد بكونه صادقا أو دين كفاة والجواز بكونه من التجارة كان جائزا نصحيحا لكلام العاقل (ولأبي يوسف أن الإقرار مطلقه) أى مطلق الإقرار (ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة ، ولهذا حل إقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين في الشركة (عليه) أى على الإقرار بسبب التجارة ولم يعمل على الإقرار بغير سبب التجارة كدين المهر وأرض الجناية حتى يؤخذ به العبد المأذون في حال رقه والشريك الآخر في الحال ، وفي الإقرار بدين المهر وأرض الجناية لا يؤخذ العبد المأذون في حال رقه ولا الشريك الآخر أبدا ، كذا في المبسوط (فيصير) أى فيصير المقر فيها إذا أبهم بدلالة العرف (كما إذا صرح به) أى بسبب التجارة ، ولو صرح به كان فاسدا ، فكذا إذا أبهم . قال في النهاية : ولأبي يوسف وجهان : أحدهما ما ذكر في الكتاب ، والثاني ما ذكر في اللخيرة فقال : إن هذا إقرار صدر من أهله لأمله وقد احتمل الجواز والفساد كما قاله ، إلا أن حله على الجواز متملر لأن الجواز له وجهان : الوصية ، والميراث ، وإلجمع بينهما متملر ، وليس أحدهما بأن يتجر سببا أولى من الآخر فتعلم الحمل على الجواز فيحكم بالفساد ، ونظير هذا ما قالوا فيمن اشترى عبدا بألف درهم فقبضه المشتري قبل نقد الثمن ثم باعه المشتري مع عبدا آخر له من البائع بألف وخمسة وقيسهما على السواء كان البيع في الذي اشترى من البائع فاسدا وإن احتمل الجواز لأن الجواز وجهين ، بأن يصرف إليه مثل

فأخذ به الشريك الآخر والعبد في حال رقه فيصير بدلالة العرف كالتصريح به . ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح

في جواب ذي الدين « (قوله فيصير بدلالة العرف الخ) أقول : ويمكن أن يقال دلالة العرف فيما يتصور فيه سببية التجارة ، وأما فيما نحن فيه فلا نسلم تلك الدلالة فليتل .

قال (ومن أقرّ بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح إقراره ولزمه) لأن له وجهاً صحيحاً وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه .

التمس أو أكثر ، والجمع بينهما متعذر ، وليس أحدهما بأولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فحكم بالفساد لهذا ، بخلاف العبد المأذون إذا أقرّ حيث يجوز لأن للجواز جهة واحدة وهي التجارة والفساد جهات ، وهذا بخلاف ما لو بين سببا يستقيم به وجوب المال للجنين وصية أو ميراثا حيث كان الإقرار صحيحا لأن جهة الجواز متعينة ، وهي ما صرح به فكان محكوما بالجواز انتهى كلامه . أقول : الوجه الذي ذكر في اللخيرة منظور فيه ، أما أولا فلأننا لنسلم أن كون كل واحد من الوصية والميراث وجهاً صالحاً لجواز الإقرار بالحمل مع تعذر الجمع بينهما ، وعدم تعيين واحد منهما في صورة إيهام الإقرار له يقتضي تعذر الحمل على الجواز فيلزم الحكم بالفساد لم لا يكتفى في صحة الحمل على الجواز صلاحية وجه ما من الوجهين المذكورين للجواز وإن لم يتعين خصوصية واحد منهما ، ألا يرى أن جهالة نفس المقرّ به لاتعم صحة الإقرار بالاتفاق فكيف بمنتهى جهالة سبب المقرّ به ؟ غاية الأمر أن يلزم المقرّ بيان خصوصية وجهه من ذبلك الوجهين كما يلزمه بيان خصوصية المقرّ به المجهول ، لمن أين يلزم الحكم بالفساد . وأما ثانياً فلأن ذلك الدليل منقوض بما إذا قال لرجل لك على ألف درهم ولم يبين سببه ، فإن هذا إقرار بالدين صحيح بلا خلاف مع أنه يحتمل الجواز وهو ظاهر ، والفساد بأن يكون بسبب ثمن خر أو شئير أو دم أو ميتة . ولا شك أن لجواز الدين أسباباً كثيرة متعللة الاجتماع ليس أحدها أولى من الآخر . وأما ثالثاً فلأن التنظير المذكور فيه ليس بنام ، لأن الجهالة في مسئلة بيع العبد المشتري مع عبد آخر من البائع ليست في السبب بل في قدر ثمن العبد الذي اشتراه من من البائع فإنه لمساجاز يبيع بوجهين بأن يصرف إليه مثل الثمن الأول ويأخذ يصرف إليه أكثر من الثمن الأول ولم يتعين أحد ذبلك الوجهين بخصوصه وقعت الجهالة في ثمنه وجهاته الثمن في البيع مفسدة بلا كلام ، بخلاف جهالة السبب في الإقرار كما تحققت ، على أن التعليل فساد البيع في تلك المسئلة بما ذكر ليس بنام أيضاً لأنه ينتقض بصحة بيع عبد آخر له ، فإن لجواز يبيع أيضاً وجهين : بأن يصرف إليه ما يبي من مثل الثمن الأول للعبد المشتري من البائع ، أو ما بقي من أكثر منه ، فإنه إذا صرف إلى أحد العبدين شيء من الثمن المسمى لهما يكون الباقي منه مصروفاً إلى الآخر ضرورة ، فتعدد وجه الجواز في أحدهما يقتضي تعدد وجه الجواز في الآخر أيضاً مع أن بيع عبد آخر له في المسئلة المزبورة ليس بفساد إجماعاً ، وينتقض أيضاً بصحة بيع العبدين جميعاً فيما إذا باع العبد المشتري بألف بعد نقد الثمن مع عبد آخر له من البائع بألف وخمسةائة ، فإن التعليل المذكور يجرى في هذه الصورة أيضاً بعينه بل مع زيادة لأنه يجوز أن يصرف إلى العبد المشتري من البائع في هذه الصورة أقل من الثمن الأول ، بخلاف الصورة الأولى فازداد في هذه الصورة وجه آخر للجواز مع تخلف الحكم المذكور فيها . ويمكن تعليل فساد بيع العبد المشتري من البائع في الصورة الأولى بوجه آخر لا يرد عليه شيء من ما من ماذق النقض فتأمل وراجع عملها (قال) أي القديري في خصمه (ومن أقرّ بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح إقراره ولزمه) أي لزم المقرّ ما أقرّ به (لأن له) أي لإقراره (وجهاً صحيحاً وهو الوصية به) أي بالحمل (من جهة غيره) أي غير المقرّ بأن أوصى بالحمل مالك الجارية ومالك الشاة لرجل ومات فأقرّ وارثه وهو عالم بوصية مورثه بأن هذا الحمل لفلان ، وإذا صح ذلك الوجه وجب الحمل عليه وهو المراد بقوله (فحمل عليه) قال الشراح : ولا وجه للميراث في هذه الصورة لأن من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل . أقول : ليس الأمر كذلك ، فإن الفقهاء صرحوا بأن من أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء ، وستأتى المسئلة بعينها في كتاب الوصايا من هذا

الإقرار ولزمه ، لأن له وجهاً صحيحاً لأن الجارية كانت لواحد أوصى بحملها لرجل ومات المقرّ وارثه ورث الجارية عالماً بوصية مورثه ، وإذا صح ذلك وجب الحمل عليه ، ولا وجه للميراث في هذه الصورة لأن من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل أيضاً . ومن أقرّ لرجل بشيء على أنه بالخيار في إقراره لثلاثة أيام فالإقرار صحيح يلزم به ما أقرّ به لوجود الصيغة الملزمة وهي قوله على وجهه ، والخيار باطل لأن الخيار للفسخ والإنخيار لا يحملة ، لأن الخبر إن كان صادقاً بمطابقته للواقع

قال (ومن أقر بشرط الخيار بطل الشرط) لأن الخيار للفسخ والإخبار لا يحتمله (ولزمه المال) لوجود الصيغة الملزمة ولم تتعدم بهذا الشرط الباطل، والله أعلم.

الكتاب، فحينئذ يجوز أن يوصى مالك الحامل بالحامل لرجل ويستقنى حملها ويعت، فإذا نصير الحامل الموصى له والحمل لوارث الميت، فلو أقر الموصى له بعد أن قبض الحامل باستحقاقه إياها بأن حمل هذه الحامل لوارث الميت المزبور يصح إقراره وكان له وجه صحيح وهو الميراث، فلا وجه لقولهم لا وجه للميراث في هذه الصورة ولا لتعليقهم إياه بأن من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل، تأمل جدا فلان ما ذكرته وجه حسن دقيق لم ينته له الجمهور. ثم أقول: يشكل بهذه المسئلة الوجه الذي ذكر في الكتاب وفي المبسوط من قبل أبي يوسف رحمه الله في المسئلة الأولى في صورة إيهام الإقرار، فإن مطلق الإقرار لم يصرف هاهنا إلى الإقرار بسبب التجارة بأن يبيع الحمل من المقر له وينحو ذلك من الأسباب الغير الصالحة في حق الحمل بل صرف عندهم جميعا إلى الإقرار بسبب صحيح غير سبب التجارة فلم يتم ما ذكر في ذلك الوجه من أن مطلق الإقرار ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة فيصير كما إذا صرح به فتدبر، وقد رام جملة من الشراح بيان الفرق لأبي يوسف بين هذه المسئلة والمسئلة الأولى فقال صاحب الغاية: والفرق لأبي يوسف بين هذه المسئلة حيث يجوز الإقرار بالحمل وبين المسئلة الأولى حيث لا يجوز الإقرار بالحمل إذا أقيم الإقرار أن هاتين طريقتي التصحيح متعين وهو الوصية، بخلاف الأولى فإن طريق التصحيح غير متعين لازدحام الميراث الوصية، وإلى ذلك أشار محمد في الأصل لأبي يوسف قال: أرأيت لو ولدت غلاما وجارية كيف يقسم المال بينهما؟ أثنائا باعتبار الميراث، أم نصفين باعتبار الوصية؟ ففيه إشارة إلى أن جواز الإقرار متعلق لاحتماله وجهين إرثا ووصية انتهى. وقال صاحب النهاية: قد ذكرنا آنفا أنه إذا كانت جهة الجواز متضمنة لا يحصل على الجواز لزاحم جهات الجواز ولم تكن إحداها في العمل عليها بأولى من الأخرى، وأما إذا تعينت جهة الجواز فيحصل عليها فيصح الإقرار به كما في هذه المسئلة فإن مزاحمة الميراث الوصية في حق الحمل عليه غير صحيح، لأن الوارث إذا كان له نصيب في الحمل كان له نصيب أيضا في الأم لشيوع حقه في جميع التركة. وأما الوصية بحمل جارية أو بحمل شاة لا تكون وصية بالأم فتعنت الوصية جهة الجواز فيجوز، وهذا هو الفرق لأبي يوسف في صحة إقراره مطلقا بحمل جارية لإنسان وعدم صحة إقراره مطلقا للحمل لما ذكرنا أن هناك لصحة إقراره مطلقا جهتين الميراث والوصية، وليس إحداها أولى من الأخرى فيبقى على البطلان انتهى.

وهكذا ذكر الفرق صاحب الكفاية أيضا. أقول: مدار ما ذكره من الفروق على حرفين: أحدهما أن تعدد جهة الجواز ينال الحمل على الجواز. وثانيهما أن جهة الجواز في هذه المسئلة منحصرة في الوصية، وقد عرفت ما في كل واحد منهما بما ذكرناه في المقامين فيما مر آنفا (قال) أي القدرory في مختصره (ومن أقر بشرط الخيار بطل الشرط) يعني ومن أقر لرجل بشيء على أنه بالخيار في إقراره ثلاثة أيام صح الإقرار وبطل الشرط. أما بطلان الشرط وهو الأهم بالبيان فلما ذكره المصنف بقوله (لأن الخيار للفسخ) أي لأجل الفسخ (والإخبار لا يحتمله) أي لا يحتمل الفسخ يعني أن الإقرار إخبار والإخبار لا يحتمل الفسخ، لأن الخبر إن كان صادقا فهو واجب العمل به اختاره أو لم يخره، وإن كان كاذبا فهو واجب الرد لا يتغير باختباره وعدم اختياره، وإنما تأثير اشتراط إخبار في العقود لتغير به صفة العقد ويتغير به من له الخيار بين فسخه وإمضائه، وأما صحة الإقرار التي حكمها لزوم المقر به كما أشار إليه بقوله (ولزمه المال) أي ولزم المقر المال الذي أقر به فلما ذكره بقوله (لوجود الصيغة الملزمة) وهي قوله على ونحن ذلك (ولم يتعلم) أي الزوم، وقيل: أي الإخبار (بهذا الشرط الباطل) يعني شرط الخيار إذ لا تأثير لباطل، ولأن الخيار معنى التعليق بالشرط فيما دخل عليه وهو حكم العقد والإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار، إلا أن التعليق يدخل على أصل السبب فيمنع كون الكلام إقرارا وإخبارا يدخل

فلا معتبر باختباره وعدم اختياره، وإن كان كاذبا لم يتغير باختباره وعدم اختياره، وإنما تأثيره في العقود لتغير به صفة العقد ويتغير به بين فسخه وإمضائه.

(باب الاستثناء وما في معناه)

قال (ومن استثنى متصلا بإقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي) لأن الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال ،

على حكم السبب ، فإذا لفا بقى حكم الإقرار وهو لزوم ، كما أن التعليق بالشرط يمنع وقوع الطلاق واشتراط الخيار لا يمنعه ، كذا في المبسوط وغيره . قال في المحيط البرهاني : هذا إذا أقر بالمال مطلقا ولم يبين السبب ، فأما إذا بين السبب بأن قال لفلان على ألف درهم من قرض أو غصب بعينه أو مستهلك أو ودعية بعينها أو مستهلكة على أتى بالخيار فالخيار باطل والمال لازم ، لأنه وإن بين السبب إلا أن اشتراط الخيار فيما بين من السبب لا يصح ، لأن سبب الوجوب إن كان استهلاكاً فالاستهلاك بعد تحققه لا يحتمل الفسخ فلا يصح اشتراط الخيار فيه ، وإن كان قرضاً أو غصباً بعينه أو ودعية بعينها فذلك لا يصح اشتراط الخيار فيه وإن كان قابلاً للفسخ بالرد لأن حق الفسخ للمقر ثابت من غير خيار بأن يرد ما قبض فيفسخ القرض والغصب فلا يكون في اشتراط الخيار فائدة . ولو قال لفلان على ألف درهم من ثمن مبيع على أن المقر بالخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الأصل في جانب المقر ، إنما ذكره في جانب المقر له ولا شك أن المقر له إذا لم يصدق المقر في الخيار لا يثبت له الخيار لأنه في الحاصل يدهي شراء بشرط الخيار وقد أنكر البائع الخيار ، ولا شك أنه يثبت متى صدقه المقر له في ذلك لأن هذا اشتراط الخيار في سبب الوجوب وهو الشراء ، واشتراط الخيار في الشراء مستقيم ، بخلاف ما إذا ذكر المال مطلقا ولم يبين السبب لأن هناك المال مشروط في الإقرار ، واشتراط الخيار في الإقرار لا يستقيم ، فإن كذبه المقر له في الخيار فأراد هو أن يقيم بينة على الخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الأصل . قالوا : ويجب أن لا تسعم بيئته لأن البيعة إنما تسعم إذا ترتبت على دعوى صحيحة ، ودعوى الخيار من المقر هاهنا لم تصح لكان المناقصة ، إلى هنا لفظ المحيط .

(باب الاستثناء وما في معناه)

لما ذكر موجب الإقرار بلا مغير شرع في بيان موجه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه مغيراً كالمشروط وغيره لأن الأصل عدم التغيير (قال) أي القدر في مختصره (ومن استثنى متصلا بإقراره) أي موصولا بإقراره لا مفصولا عنه (صح الاستثناء ولزمه الباقي) أي لزم المقر الباقي بعد الثبوت (لأن الاستثناء مع الجملة) أي مع صدر الكلام (عبارة عن الباقي) فإن معنى قوله على عشرة إلا واحدا معنى على تسعة لما عرف في الأصول (ولكن لا بد من الاتصال) لأن الاستثناء بيان تغيير

(باب الاستثناء وما في معناه)

لما ذكر موجب الإقرار بلا مغير شرع في بيان موجه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه مغيراً وهو الشرط ، والاستثناء استفعال من الثبوت وهو المتصل ، وهو الإخراج والتكلم الباقي ، ومتفصل وهو ما لا يصح إخراج (قال) : ومن استثنى متصلا بإقراره صح استثناءه ولزمه الباقي (أما لزوم الباقي فلأن الاستثناء مع الجملة : أي الصبر عبارة عن الباقي لأن معنى قوله على عشرة إلا واحدا معنى قوله على تسعة لما عرف في الأصول . وأما اشتراط الاتصال فإنه قول عامة العلماء . ونقل عن ابن عباس رضي الله عنهما جواز التأخير وقد عرف ذلك أيضا في الأصول ، ولا فصل بين كون المستثنى أقل أو أكثر ، وهو أيضا قول الأكثر . وقال القراء : استثناء الأكثر لا يجوز لأن العرب لم تتكلم بذلك ، والدليل على جواز

(باب الاستثناء وما في معناه)

(وسواء استثنى الأقل أو الأكثر ، فإن استثنى الجميع لزمه الإقرار وبطل الاستثناء) لكنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا ،

فيصح بشرط الوصل ، وهذا قول عامة العلماء . ونقل عن ابن عباس رضى الله عنهما جواز التعبير وقد عرف ذلك أيضا في الأصول (وسواء استثنى الأقل) أى الأقل من الباقي كما في قوله لفلان على ألف إلا أربعائة (أو الأكثر) منه كما في قوله لفلان على ألف إلا سائة . يعنى لا فصل بين كون المستثنى أقل أو أكثر وهو أيضا قول الأكثر . وفي العناية : وقال القراء : استثناء الأكثر لا يجوز لأن العرب لم تتكلم بذلك . وفي معراج الدررية : وقال القراء : لا يجوز استثناء الأكثر من الأقل . وعن أحمد مثله انتهى . وفي الكافي وعن أبي يوسف وهو قول مالك والقراء : إنه لا يصح استثناء الأكثر انتهى . ويوافق ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه حيث قال : وأما إذا قال لفلان على ألف إلا تسعائة وخمسين درهما فإن الاستثناء يصح ويكون عليه خمسون درهما ، وهذا عندنا وعند مالك والقراء ، وهو قول أبي يوسف على ما روى عنه في غير رواية الأصول لا يصح استثناء الأكثر ويلزمه الألف لأن المستثنى أكثر من المستثنى منه انتهى . قال جماعة من الشراح : والدليل على جواز ذلك عندنا قوله تعالى - قم الليل إلا قليلا - نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه - أقول : في كون هذه الآية الكريمة دليلا على جواز استثناء الأكثر نظر ، لأن صاحب الكشاف قال في تفسيرها : نصفه بدل من الليل ، وإلا قليلا استثناء من النصف ، كأنه قال : قم أقل من نصف الليل ، ثم قال : وإن شئت جعلت نصفه بدلا من قليلا ، فعلى كلا الوجهين لم يكن الاستثناء المذكور من قبيل استثناء الأكثر ، أما على الوجه الأول فلأن المستثنى لا يكون حينئذ قدرا معينا مخصوصا حتى يحكم بأنه أكثر من الباقي . نعم يعلم حينئذ أنه أقل من النصف لكن يجوز أن يكون ذلك أقل من الباقي أيضا ، وأما على الوجه الثاني فلأن المستثنى يكون حينئذ والنصف لا الأكثر ، والمدهى جواز استثناء الأكثر ، فالأظهر في الاستدلال عليه ما ذكر في كثير من الشروح ، وهو أن طريق صحة الاستثناء أن يجعل عبارة عما وراء المستثنى ، ولا فرق في ذلك بين استثناء الأقل والأكثر ، وعدم تكلم العرب به لا يمنع صحته إذا كان موافقا لطريقهم ، ألا يرى أن استثناء الكسر لم تتكلم به العرب وكان صحيحا ، ويوافق ما ذكره صاحب البدائع حيث قال : وأما استثناء الكثير من القليل بأن قال لفلان على عشرة دراهم إلا تسعة فجائر في ظاهر الرواية ويلزمه درهم ، إلا ما روى عن أبي يوسف أنه لا يصح وعليه العشرة . والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن المنقول عن أئمة اللغة أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا ، وهذا المعنى كما يوجد في استثناء القليل من الكثير يوجد في استثناء الكثير من القليل ، إلا أن هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند أهل اللغة لأنهم إنما وضعوا الاستثناء لحاجتهم إلى استدراك الغلط ، ومثل هذا الغلط ينذر وقوعه غاية التنبيه فلا حاجة إلى استدراكه لكنه يحتمل الوقوع في الجملة فيصح ، انتهى كلامه . ثم إن لجواز استثناء الأكثر دليلا آخر قويا ذكره ابن الحاجب في مختصره من أصول الفقه ، وهو قوله تعالى - إن عبادى ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين - فإن الغاوين أكثر دليل قوله تعالى - وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين - (فإن استثنى الجميع) أى الكل بأن قال لفلان على ألف درهم إلا ألف درهم (لزمه الإقرار) أى لزم المقر جميع ما أقر به (وبطل الاستثناء) أى بطل ما ذكره في صورة الاستثناء (لأنه) أى لأن الاستثناء (تكلم بالحاصل بعد الثنيا) أى بالباقي بعد الثنيا (ولا حاصل بعده) أى ولا باقى بعد استثناء الجميع فلم يتحقق معنى الاستثناء (فيكون رجوعا) أى فيكون ما ذكره في صورة الاستثناء رجوعا

قوله تعالى - قم الليل إلا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه - واستثناء الكل باطل لما ذكرنا أنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا ، والرجوع من الإقرار باطل موصولا كان أو مفصولا ، فإن استثنى الجميع لزمه الإقرار وبطل الاستثناء ، وهذا إذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ ، أما إذا كان بغير ذلك اللفظ فإنه يصح . قال المصنف في الباب الأول

(قوله قوله تعالى - قم الليل إلا قليلا نصفه -) أقول : قوله نصفه بدل من قليلا .

من الإقرار لاعتالة لا استثناء حقيقياً ، والرجوع عن الإقرار في حقوق الباطل وإن كان موصولاً ، لأنه إنما يصح موصولاً ما يكون فيه معنى البيان لأول كلامه ، والإبطال ليس من البيان في شيء ، كذا في المبسوط وغيره . قال في غاية البيان : وكذلك إذا استثنى أكثر من الألف لأنه لما لم يجر استثناء الألف من الألف فلا يجوز استثناء الألف وزيادة أولى . قال المصنف (وقد مر الوجه في الطلاق) أي في فصل الاستثناء من كتاب الطلاق . اعلم أن هذا الذي ذكره فيما إذا كان المستثنى من جنس لفظ المستثنى منه ، وأما إذا كان من غير جنسه صح الاستثناء وإن أتى على جميع المستثنى منه نحو أن يقول نسائي طوائق إلا هؤلاء وليس له نساء إلا هؤلاء يصح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن ، ولو قال نسائي طوائق إلا نسائي لم يصح الاستثناء وطلق كلهن ، وكذا لو قال عبيدي أحرار إلا عبيدي لم يصح الاستثناء وعقوتوا كلهم ، ولو قال عبيدي أحرار إلا هؤلاء وليس له عبيد غير هؤلاء لم يعتق واحد منهم ، وكذلك لو قال أوصيت بثلث مالى إلا ألف درهم ومات وثلث ماله ألف درهم صح الاستثناء وبطلت الوصية ، ولو قال أوصيت بثلث مالى لفلان إلا ثلث مالى كان للموصى له ثلث ماله ولا يصح الاستثناء . كذا في شرح الطحاوى . ولقد أنصح المصنف عن هذا في الباب الأول من أيمان الزيارات حيث قال : استثناء الكل من الكل إنما لا يصح إذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ ، أما إذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح كما إذا قال نسائي طوائق إلا نسائي لا يصح الاستثناء ، ولو قال إلا حمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل صح انتهى . وقال صاحب النهاية بعد نقل ذلك هاهنا : وهذا الفقه وهو أن الاستثناء تصرف لفظي فيبتغي على صحة اللفظ لأجل صحة الحكم ، ألا يرى أنه إذا قال لأمراً أنه أنت طالق ست طلاقات إلا أربعة يصح الاستثناء حتى يقع تطبيقان ، وإن كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لأن الطلاق لا مزيد له على الثلاث ومع هذا لا يعمل كأنه قال أنت طالق ثلاثاً إلا أربعة لما ذكرنا أن صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ دون الحكم . وتحقيقه هو أن الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الأول فهو يصلح لإخراج بعض ما تناوله صدر الكلام أو لتكلم بالخاص بعد الثنيا لأنه إنما صار كلاً ضرورياً عدم ملكه فيها سواء لا الأمر يرجع إلى ذات اللفظ ويتصور أن يدخل في ملكه غير هذه الجوارى أو العبيد ، وإذا كان كذلك صح الاستثناء ، بخلاف ما إذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ لأنه لا يصلح لإخراج بعض ما تناوله ولا لتكلم بالخاص بعد الثنيا فلم يصح الاستثناء ، انتهى كلامه . وافقني أثره صاحب الكفاية في بيان الفقه والتحقيق بعين تحريره وصاحب العناية أيضاً ولكن بتغيير أسلوب تحريره . أقول : التحقيق الذي ذكروه مما لا يساعده لفظ المصنف في الزيارات ، لأن قولهم إن الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الأول فهو يصلح لإخراج بعض ما تناوله صدر الكلام أو لتكلم بالخاص بعد الثنيا إنما يمشى عند كون غير اللفظ الأول أخص من اللفظ الأول بحسب المفهوم ، وأما عند كونه مساوياً له بحسب المفهوم كما لو قال نسائي كذا إلا حلالاً أو إلا أزواجي ، أو كونه أهم منه بحسبه كما لو قال هؤلاء طوائق إلا نسائي فلا يمشى ذلك

من أيمان الزيارات : استثناء الكل من الكل إنما لا يصح إذا كان المستثنى بعين ذلك اللفظ ، أما إذا كان بغير ذلك فيصح كما إذا قال نسائي طوائق إلا نسائي لا يصح الاستثناء ، ولو قال إلا حمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل صح . قيل : وتحقيق ذلك أن الاستثناء إذا وقع بغير اللفظ الأول أمكن جملة تكلمها بالخاص بعد الثنيا ، لأنه إنما صار كلاً ضرورياً عدم ملكه فيها سواء لا الأمر يرجع إلى اللفظ ، فبالنظر إلى ذات اللفظ أمكن أن يجعل المستثنى بعض ما يتناوله الصدر والامتناع من خارج ، بخلاف ما إذا كان بعين ذلك اللفظ فإنه لا يمكن جملة تكلمها بالخاص بعد الثنيا . فلان قيل : هذا ترجيح جانب اللفظ على المعنى وإهمال المعنى رأبنا فما وجه ذلك ؟ أجيب بأن الاستثناء تصرف لفظي ، ألا ترى أنه إذا قال أنت طالق ست طلاقات إلا أربعة صح للاستثناء ووقع تطبيقان ، وإن كان الست لا صحة لها من حيث الحكم لأن الطلاق لا يزيد على الثلاث ، ومع هذا لا يعمل

(ولو قال له على "مائة درهم إلا ديناراً أو إلا قفيز حنطة لزمه مائة درهم إلا قيمة الدينار أو القفيز) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف (ولو قال له على "مائة درهم إلا ثوباً لم يصح الاستثناء وقال محمد : لا يصح فيها) وقال الشافعي : يصح فيها . فحمد أن الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ ، وهذا لا يتحقق في خلاف المجلس . وللشافعي أنهما أحدا جنسا من حيث المالية .

قطعا . وقول المصنف في الزيادات : أما إذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح بتناول ما كان مساويا له وما كان أهم منه أيضا لأن كل واحد منهما غير ذلك اللفظ لاحتية فيقتضى أن يصح الاستثناء فيها أيضا ، وليس الأمر كذلك كما صرحوا به . قال في التوضيح بعد أن قال الاستثناء المستغرق باطل . وأصحابنا قبلوه بلفظه أو بما يساويه نحو عبيدى أحرار إلا عبيدى أو إلا ماليكى لكن إذا استثنى بلفظ يكون أخص منه في المفهوم لكن في الوجود يساويه يصح نحو عبيدى أحرار إلا هؤلاء ولا عبيد له سواء انتهى . وقال بعض الأفاضل في أصوله بعد أن قال الاستثناء المستغرق باطل بالاتفاق : وقال مشايخنا : هذا إذا كان بلفظه نحو نسائي طوائق إلا نسائي ، أو بما يساويه نحو نسائي طوائق إلا حلالى أو بأعم منه ، "وإن استثنى بلفظ يكون أخص منه في المفهوم يصح وإن كان يساويه في الوجود نحو نسائي طوائق إلا زينب وهند وبكرة وعمرة أو إلا هؤلاء ولانساء له مواهن حتى لا تطلق واحدة منها ، انتهى كلامه . وقد ذكرنا فيما نقلناه غاية البيان عدم صحة الاستثناء فيما إذا كان المستثنى أكثر من المستثنى منه : أى أهم منه (ولو قال له على "مائة درهم إلا ديناراً أو إلا قفيز حنطة لزمه مائة درهم إلا قيمة الدينار أو القفيز) هذا لفظ التقديرى في مختصره يعنى يصح الاستثناء ويخرج من المائة قيمة الدينار أو قيمة قفيز الحنطة . قال المصنف (وهذا) أى الحكم المذكور (عند أبي حنيفة وأبي يوسف) استحسانا (ولو قال له على "مائة) أى مائة درهم (إلا ثوباً لم يصح الاستثناء) قياسا واستحسانا باتفاق أصحابنا (وقال محمد : لا يصح فيها) أى في الوجهين وهو القياس ، وبه قال زفر وأحمد (وقال الشافعي : يصح فيها) أى في الوجهين ، وبه قال مالك (فحمد أن الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ) يعنى أن الاستثناء تصرف في اللفظ وهو إخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى أنه لولا الاستثناء لكان المستثنى داخلا تحت صدر الكلام (وهذا) المعنى (لا يتحقق في خلاف المجلس) أى في استثناء خلاف المجلس وإطلاق الاستثناء على المقطع بطريق المجاز (وللشافعي أنهما) أى المستثنى والمستثنى منه (أحدا جنسا من حيث المالية) يعنى أن الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق مقتضى وهو التصرف اللفظي . قال في الكافي : والكلام مع الشافعي بناء على الاختلاف في كيفية عمل الاستثناء ، فعنده الاستثناء يمنع الحكم بطريق المعارضة : أى إنما امتنع ثبوت الحكم في المستثنى لدليل معارض كدليل الخصوص في العام ، فتقدير قوله لفلان على عشرة إلا درهما فإنه ليس على "عدم لزوم الدليل المعارض لأول كلامه لأنه يصير بالاستثناء كأنه لم يتكلم به ، لأن أهل اللغة أطبقوا أن الاستثناء من النفي إثبات ومن الإثبات نفي ، وهذا إجماع منهم أن للاستثناء حكما يعارض به حكم المصدر ، ولأن كلمة الشهادة كلمة توحيد بالاتفاق ، فلم يكن للاستثناء حكم يضاد حكم المصدر لكان هذا نغيا للشرط لا توحيدا ، فإذا ثبت هذا الأصل فقال العمل بدليل المعارض واجب بحسب الإمكان وقد أمكن هنا للجانسة من

كأنه قال أنت طائقت لثلاثا إلا أربعا فكان اختياره أولى . ولو قال له على "مائة درهم إلا ديناراً أو إلا قفيز حنطة صح عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولزمه مائة إلا قيمة الدينار أو القفيز خلافا لحمد . ولو قال له على "مائة إلا ثوباً لم يصح عندنا خلافا للشافعي . وقوله (فيها) أى في قول محمد والشافعي يعود إلى المقدر وغيره ، لأن الكلام السابق يشتمل على الدينار والقفيز . وذلك مقدر وعلى الثوب وهو غير مقدر . فحمد أن الاستثناء إخراج ما لولاه لدخل تحت اللفظ وذلك لا يتحقق في خلاف الجنس وهذا هو القياس . وللشافعي أن الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق مقتضى وهو

(قال المصنف : لدخل تحت اللفظ) أي أول : فاعل دخل ضمير المستثنى المفهوم من الاستثناء فيكون المرجح حكما ، ويجوز أن يعود إلى الاستثناء مراداً به المستثنى على طريقة الاستخدام .

ولها أن المجانسة في الأول ثابتة من حيث الثمنية ،

حيث المسالية . وعندنا الاستثناء يمنع التكلم بحكمه بقدر المستثنى فيصير كالتكلم بما وراء المستثنى ، ويخرج كلامه في القدر المستثنى من أن يكون إيجاباً لقوله تعالى : فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً - وانتفاع ثبوت الحكم بقيام الدليل المعارض يكون في الإيجاب لآي الإخبار ، وقد قال أهل اللغة قاطبة : إن الاستثناء استخراج وتكلم بالباقي بعد الثبوت فنجمع بين القولين ونقول إنه استخراج وتكلم بالباقي بوضعه وإثباته ونفي بإشارته ، واختير الإثبات في كلمة التوحيد إشارة والنفي قصداً لأنه المقصود . إذ الكفار يقرّون به إلا أنهم يشركون معه غيره ، قال الله تعالى - ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله - فإذا ثبت هذا الأصل فقول البخ . وسلك صاحب النهاية هذا المسلك في حل هذا المقام إلا أنه قال في أثناء تقرير كلام الشافعي بعد قوله يجب العمل بالدليل المعارض بحسب الإمكان . فإن كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين فيمتنع العمل بقدره ، وإن لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فيمتنع ثبوت الحكم بقدر قيمة المستثنى ، وقد اتفق أثره بعض الشراح . وقال صاحب النهاية : وكلام المصنف كما ترى يشير إلى أن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي أيضاً وهو الحق ، وقرّر شارحون كلامه على أنها ليست بشرط بناء على أن الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة ، وليس بصحيح لأنه يقول بالإخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ، ونحن نقول بأن الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى فهو أوسع إلى إثبات المجانسة لأجل الدخول منا ، انتهى كلامه . أقول : لم يقل أحد من الشارحين بأن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه ليست بشرط عند الشافعي سوى صاحب الغاية فإنه قال خلافاً للشافعي ، لأن الاستثناء كلام آخر يعارض الصدر بحكمه وليس من شرطه المجانسة ، ألا ترى إلى قوله :

وبسلسلة ليس بها : أنيس إلا العافير وإلا العيس

قد استثنى من خلاف الجفص انتهى . وأما ما قاله صاحب النهاية ومن تبعه من أنه إن كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين وإن لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فليس بذاك ، لأن المراد بالجلص في قولهم إن كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين ما هو جنس صورة ومعنى لا مطلق الجنس الشامل لما هو جنس معنى فقط وإلا لم يتم قولهم كان الدليل المعارض في العين كما لا يخفى على المتأمل ، فكان المراد بالجلص في قولهم وإن لم يكن من جنسه ما هو جنس صورة ومعنى أيضاً فاللهوهم منه انتفاء المجانسة بهذا المعنى في بعض مواد الاستثناء ، وهذا لا يناقض كون المجانسة في الجملة شرطاً عند الشافعي أيضاً في جميع مواد الاستثناء كما بين الدرهم والثوب من حيث المسالية ، فقول الشارح الأكمل : بقرّر شارحون كلامه على أنها ليست بشرط ليس بتمام (ولها) أي لأي حيفة وأبي يوسف (أن المجانسة في الأول) أي في الوجه الأول وهو قوله له على "مائة درهم إلا ديناراً وإلا فخير حطلة" ثابتة من حيث الثمنية ، يعني أن شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في الوجه الأول ثابتة من حيث الثمنية دون الوجه الثاني وهو قوله على مائة درهم إلا نوباً . قال في العناية : وتحقيقه أن عدم تناول الدرهم غيرها لفظاً لا يرتاب فيه أحد ، وإنما الكلام في تناولها إياه حكماً ، قلنا يتناول ما كان على شخص

التصرف لفظي ، وكلام المصنف كما ترى يشير إلى أن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي أيضاً وهو الحق ، وقرّر شارحون كلامه على أنها ليست بشرط بناء على أن الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة ، وليس بصحيح لأنه يقول بالإخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ، ونحن نقول : إن الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى فهو أوسع إلى إثبات المجانسة لأجل الدخول منا . ولأي حيفة وأبي يوسف أن شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في المقدرات ثابتة . وتحقيقه أن عدم تناول الدرهم غيرها لفظاً لا يرتاب فيه أحد ، وإنما الكلام في تناولها إياه حكماً ، قلنا يتناول ما كان على شخص أو صافها الذي هو الثنية وهو الدناير والمقدرات والمعدى المتقارب . أما الدناير فظاهرة ، وأما المقدرات فلأشياء أثمان أو صافها ، فإنها إذا وصفت تثبت في اللمة حالا أو مؤجلاً وجزأ استقراض بها ، وأما المعدى المتقارب فلأشياء بمنزلة

وهذا في الدينار ظاهر. والمكيل والموزون أو صافهما أثمان ، أما الثوب فليس بثمن أصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمننا صلح مقدرا بالدرهم فصار بقلده مستثنى من الدرهم ، وما لا يكون ثمننا لا يصلح مقدرا فبقى المستثنى من الدرهم مجهولا فلا يصح .

أو صافها الذي هو الثنية هو الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب (أما الدينار فظاهر) يعنى أما ثبوت الهانسة من حيث الثنية في صورة استثناء الدينار في الوجه الأول فظاهر ، لأن كلا من الدينار والدرهم من جنس الأثمان من حيث الذات بلا اشتباه (والمكيل والموزون أو صافهما أثمان) يعنى وأما ثبوت الهانسة من حيث الثنية في صورة استثناء قفيز حنطة في الوجه الأول فلأن المكيل والموزون أو صافهما أثمان . توضيحه أن المكيلات والموزونات أثمان بأوصافهما وإن لم تكن أثمانا من حيث الذات ، حتى لو عينت في العقد يتعلق العقد بعينها إلا أنها إذا وصفت ثبتت في اللمة حالا وموجلا ويعجز الاستقراض بها فكانت في حكم الثبوت في اللمة كجنس واحد معنى وإن كانت أجناسا صورة والاستثناء استخراج وتكلم بالباقي معنى لا صورة . لأنه تكلم بالمائة صورة ، كذا في الكافي والشروح (أما الثوب) في الوجه الثاني (فليس بثمن أصلا) أى لا ذاتا ولا وصفا (ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة) بل يثبت سلما أو ما هو معنى السلم كالبيع بثياب موصوفة موجلا فلم يكن استثناءه من الدرهم استخراجا صورة ولا معنى فكان باطلا (وما يكون ثمننا صلح مقدرا) بكسر الدال على صيغة اسم الفاعل (للدرهم) أى لما دخل تحت المستثنى من الدرهم لحصول الهانسة بينهما باشتراكهما في أخص الأوصاف (فصار بقلده مستثنى من الدرهم) بقيته فصار تقدير الكلام له على مائة إلا قدر قيمة المستثنى . وفي للخيرة : إذا صح الاستثناء يطرح قيمة المستثنى عن المقر به ، وإن كانت قيمة المستثنى تستغرق ما أقر به لا يلزمه شيء (وما لا يكون ثمننا لا يصلح مقدرا) للدرهم لعدم الهانسة (فبقى الاستثناء من الدرهم مجهولا) وفي بعض النسخ : فبقى المستثنى من الدرهم مجهولا (فلا يصح) أى الاستثناء فيجبر على البيان ولا ينتج به صحة الإقرار لما تقرر أن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار ، ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء لأن جهالة المستثنى تورث جهالة في المستثنى منه فبقى المقر به مجهولا ، كذا في النهاية ومراجع الدراية . قال في النهاية : ولقال أن يقول : ما ليس بثمن لا يصلح أن يكون مقدرا من حيث اللفظ ومن حيث القيمة ، والأول مسلم وليس الكلام فيه ، والثاني ممنوع فإن المقدرات تقدر الدرهم من حيث القيمة . والجواب أن التقدير الاستثنائي يقتضى حقيقة التجانس أو معناه بما ذكرنا من حيث أخص الأوصاف استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ، ثم للتصير إلى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات انتهى . أقول : بقی هاتنا كلام آخر ، وهو أنهم صرحوا بأن ما يكون ثمننا بوصفه كالمكيل والموزون إنما يكون ثمننا واجبا في اللمة بسبب الوصف كالحنطة الربيعية والخرفية لا بسبب الذات والعين ، حتى لو عين يتعلق العقد بعينه فيكون بيع مقايضة ولا يجب في اللمة ، ولو وصف ولم يمين صراحه حكمه كحكم الدينار والدرهم فيجب في اللمة ، فالظاهر أن مثل هذا إنما يصلح أن يكون مقدرا للدرهم إذا كان موصوفا مطلقا ، وفي مستلطنا هذه لم يوصف قفيز حنطة بشيء فلا يصلح أن يكون مقدرا للدرهم فبقى

المثل في قلة التفاوت ، وما كان ثمننا صلح مقدرا لما دخل تحت المستثنى من الدرهم لحصول الهانسة بينهما باشتراكهما في أخص الأوصاف فصار بقلده مستثنى من الدرهم بقيته ، وأما الثوب فليس بثمن أصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة بل يثبت سلما أو ما هو معنى السلم كالبيع بثياب موصوفة ، وما ليس بثمن لا يصلح مقدرا للدرهم لعدم الهانسة فبقى الاستثناء من الدرهم مجهولا ، وجهالة المستثنى ترجب جهالة المستثنى منه فلا يصح الاستثناء . ولقال أن يقول : ما ليس بثمن لا يصلح مقدرا من حيث اللفظ أو القيمة والأول مسلم وليس الكلام فيه ، والثاني ممنوع فإن المقدرات تقدر الدرهم من حيث القيمة . والجواب أن التقدير الاستثنائي يقتضى حقيقة التجانس أو معناه بما ذكرنا من حيث أخص الأوصاف استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ثم التصير إلى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات . قال (ومن أقر بحق وقال إن شاء الله الخ) ومن قال فلان على مائة درهم إن شاء الله لم يلزمه الإقرار ، لأن الاستثناء بمشيئة الله إما لإبطال كما هو مذهب أبي يوسف أو هو تعليق كما هو مذهب محمد ،

قال (ومن أقرّ بحق وقال إن شاء الله متصلا) بإقراره (لم يلزمه الإقرار) لأن الاستثناء بمشبهة الله إما بإبطال أو تعليق ، فإن كان الأول فقد بطل ، وإن كان الثاني فكل ذلك ، إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط . أو لأنه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق ،

المستثنى من البراهم مجعولا في هذا الوجه أيضا فينبغي أن لا يصح الاستثناء في قوله إلا فقبز حطلة فليتأمل في الجواب (قال) أي القدوري في محصره (ومن أقرّ بحق وقال إن شاء الله متصلا بإقراره لم يلزمه الإقرار) قال في الباب الأول من إقرار المبسوط : ولو قال غصبتك هذا العبد أمس إن شاء الله لم يلزمه شيء استحصانا . وفي القياس استثناءه باطل ، لأن ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط ، وذلك إنما يصح في الإنشاءات دون الإخبارات ، ولكن استحسن لأن الاستثناء يخرج للكلام من أن يكون عزيمة لا أن يكون في معنى الشرط ، فإن الله تعالى أخبر عن موسى عليه السلام حيث قال - ستجدني إن شاء الله صابرا - ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك ، والوعد من الأنبياء كالعهد من غيرهم ، فدل على أن الاستثناء يخرج للكلام من أن يكون عزيمة . وقال صلى الله عليه وسلم « من استثنى فله نفيه » والإقرار لا يكون ملزما إلا بكلام هو عزيمة ، لكن إنما يعمل الاستثناء إذا كان موصولا بالكلام لا إذا كان مفصولا عنه ، فإن المفصول بمنزلة النسخ . والتبديل والمقر لا يملك ذلك في إقراره فكذا لا يملك الاستثناء المفصول ، وهذا بخلاف الرجوع عن الإقرار فإنه لا يصح وإن كان موصولا لأن رجوعه عن لما أتته فكان تناقضا منه ، والتناقض لا يصح مفصولا كان أو موصولا . أما هذا في بيان تغيير وبيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا بمنزلة التعليق بالشرط انتهى ما في المبسوط . قال المصنف في تعليق مسألة الكتاب (لأن الاستثناء بمشبهة الله إما بإبطال) كما هو مذهب أبي يوسف (أو تعليق) كما هو مذهب محمد كذا ذكره الإمام قاضيه خان في طلاق الجامع الكبير واختاره بعض شراح هذا الكتاب . وقيل الاختلاف على العكس كما ذكر في طلاق الفتاوى الصغرى والنسعة واختاره بعض آخر من شراح هذا الكتاب . وثمرة الخلاف تظهر بما فيها إذا قدم المشبهة فقال : إن شاء الله أنت طالق حنن من قال إنه إبطال لا يقع الطلاق ، وعند من قال إنه تعليق يقع لأنه إذا قدم بشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فيقع ، وكيفما كان لم يلزم الإقرار كما بينه المصنف بقوله (فإن كان الأول) وهو الإبطال (فقد بطل ، وإن كان الثاني) وهو التعليق (فكل ذلك ، إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط) لأن الإقرار إخبار عما سبق والتعليق إنما يكون بالنسبة إلى المستقبل وبينهما منافاة ولأنه إخبار متردد بين الصدق والكذب ، فإن كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط ، وإن كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلغا تعليقه بالشرط (أو لأنه شرط لا يوقف عليه) أي لا يطلع عليه ، فإن وقوع مشبهة الله تعالى بما لا يكاد يطلع عليه أحد ، والتعليق بما لا يوقف عليه غير صحيح لأنه يكون إعداما من الأصل (كما ذكرنا في الطلاق) أي في فصل الاستثناء من كتاب الطلاق . ولو قال فلان علي ألف إن شاء فلان فقال فلان قد شئت فهذا إقرار باطل ، لأنه علقه بشرط في وجوده خطر ، والإقرار لا يحتمل التعليق بخاطر لأن التعليق بما فيه خطر يبين والإقرار لا يخلف به ، ولأنه إخبار متردد بين الصدق والكذب ، فإن كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط ، وإن كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا يلقى التعليق به أصلا ، إنما التعليق فيما هو لإيجاب ليتين به أنه ليس بيقين ما لم يوجد الشرط ، وكذلك كل إقرار علق بالشرط أو الخطر نحو قوله إن دخلت الدار أو إن

وثمرة الخلاف تظهر بما إذا قدم المشبهة فقال إن شاء الله أنت طالق . عند أبي يوسف لا يقع الطلاق لأنه إبطال ، وعند محمد يقع لأنه تعليق ، فإذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فوقع ، وكيفما كان لم يلزم الإقرار لأنه إن كان الأول فقد بطل ، وإن كان الثاني فكل ذلك ، إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لأن الإقرار إخبار عما

(قال المصنف : إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط) أقول : في الكتاب : وكان ينبغي أن يجب المال كما في شرط الخيار ، إلا أن التعليق يدخل على أصل السبب فيمتنع كون الكلام إقرارا ، والخيار يدخل على سبب السبب ، فلذا ألغى الخيار في حكم الإقرار بناء على السبب له .

بخلاف ما إذا قال لفلان على مائة درهم إذا مت أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس لأنه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلا لتعليقا ، حتى لو كذبه المقر له في الأجل يكون المال حالا . قال (ومن أقر بدار واستنى بنائها لنفسه فلمقر له الدار والبناء) لأن البناء داخل في هذا الإقرار معنى لالفاظا ، والاستثناء تصرف في الملقوظ ،

مطرت السماء إن هبت الريح أو إن قضى الله تعالى أن يراده أو رضىه أو أحبه أو قدره أو يسره أو إن بشرت بولد أو إن أصبت مالا أو إن كان كذلك أو إن كان حقا فهذا كله مبطل للإقرار إذا وصله بالكلام للمعنى الذى ذكرنا ، كذا في النهاية نقلا عن الميسوط ، وفي غاية البيان نقلا عن شرح الكافي للحاكم الشهيد (بخلاف ما إذا قال لفلان على مائة درهم إذا مت أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس لأنه في معنى بيان المدة) وذلك من حيث العرف لأن الناس يتعادلون بذكر هذه الأشياء محل الأجل فحسب ، لأن الدين الموجل يصير حالا بالموت وعجى رأس الشهر والقطر من أجل الناس فتركت الحقيقة العرف (فيكون تأجيلا) أى فيكون ذكر هذه الأشياء منه تأجيلا : أى دعوى الأجل إلى الأوقات المذكورة (لا تعليقا) أى لا يكون تعليقا بالشرط (حتى لو كذبه المقر له في الأجل يكون المال حالا) لأن دعوى الأجل من المقر غير مقبولة عندنا إلا أن يشتهه بالبيئة أو يصدق المقر له كما تقدم (قال) أى القدرى في مختصره (ومن أقر بدار واستنى بنائها لنفسه) بأن قال هذه الدار لفلان إلا بنائها (فلمقر له الدار والبناء لأن البناء داخل في هذا الإقرار معنى) أى تبعا (لا لفظا) أى لا مقصودا باللفظ ، لأن البناء وصف في الدار والوصف يدخل تبعا لا مقصودا ، ولهذا لو استحق البناء قبل القبض في بيع الدار لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل بتغير المشرى (والاستثناء تصرف في الملقوظ) يحمل الملقوظ عبارة عما وراء المستثنى ، فما لا يتناول اسم الدار لا يتحقق فيه عمل الاستثناء ، كذا قالوا . أقول : هذا وإن كان موافقا لما ذكره المصنف وغيره في كتاب الأيمان من أن الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم والبناء وصف فيها إلا أنه مخالف لما ذكر في كتب اللغة ، فإنه قال في المغرب : الدار اسم جامع لبناء والعرصة . وقال في القاموس : الدار المحل الذى يجمع البناء والعرصة ، ولا يخفى أن الظاهر المتبادر من ذلك أن تكون الدار اسما لمجموع البناء

سبق والتعليل إنما يكون بالنسبة إلى المستقبل وبينهما منافاة ، ولما لأنه شرط لا يوقف عليه والتعليل به غير صحيح وقد تقدم في الطلاق ، بخلاف ما إذا قال لفلان على مائة درهم إذا مت أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس ، لأنه ليس بتعليل بل هو بيان المدة فيكون ذلك منه دعوى الأجل إلى الوقت المذكور ، حتى لو كذبه المقر له في الأجل كان المال حالا عندنا كما تقدم . قال (ومن أقر بدار واستنى بنائها لنفسه الخ) ومن قال هذه الدار لفلان إلا بنائها فإنه في فلمقر له الدار والبناء لأن البناء لم يتناول لفظ الدار مقصودا ، والاستثناء لبيان أن المستثنى من متناول لفظ المستثنى منه مقصودا ولم يدخل تحته ، فالبناء لا يكون مستثنى ، أما أن لفظ الدار لم يتناول البناء مقصودا فلا أنه يدخل فيه تبعا ، ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل بتغير المشرى . وأما أن الاستثناء لبيان ذلك فلا أنه تصرف لفظي وقد تقدم ذلك ، والقصر في الخاتم والتخله في البستان نظير البناء في الدار لأنها تدخل فيه تبعا لا لفظا . ولو قال هذه الدار لفلان إلا ثلثها أو إلا بيتا منها فهو كما قال ، لأن ذلك داخل فيه لفظا ومقصودا ، حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن ، ولو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت في كان الكل للمقر له لأنه أقر بكلها ثم ادعى شيئا منها بعد ذلك فلا يصدق إلا بحجة ، ولو قال بناء هذه الدار في والعرصة لفلان فهو كما قال ، لأن العرصة عبارة عن بقعة لا بناء فيها فكانه قال : يياض هذه الأرض دون البناء

وفي شيء (قوله لأن البناء ، إلى قوله : لبيان المستثنى الخ) أقول : وفي قوله لبيان المستثنى الخ بحث ، ثم أقول : قد كتب في هامش الكتاب فهذا المقام من خط المؤلف ما هو صورته : وتلخيص الحجة أن البناء هاجتا ليس متناولا لفظا ، والمستثنى متناولا لفظا ينتج أن البناء ليس مستثنى له . والظاهر الموافق للمشروح أن يقال أثر تخصيص البناء داخل في الدار معنى ، وكل ما هو داخل في الشيء معنى لا يصح استثناءه منه .

والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لأنه يدخل فيه تبعا لا لفظا ،

والعرصة لا اسم للعرصة وحدها فتأمل . قال صدر الشريعة : فإن قلت : يشكل ما ذكر بما إذا قال لفلان على ألف درهم إلا قفيز حطة فإن الحطة دخلت في الدراهم معنى لا لفظا حتى صبح استثناءه . قلت : الدراهم تتناول الحطة من حيث المعنى فيتناولها اللفظ من جهة المعنى فيصح الاستثناء ، ولا كذلك الدار فإنها ليست باسم للعرصة والبناء حتى يكون ذكر الدار ذكرا للبناء بطريق التناول قصدا ، بل الدار اسم للعرصة والبناء صفة له على ما ذكرنا ، والوصف يدخل تبعا لا قصدا فلا يصح استثناء الوصف فافترقا ، انتهى كلامه . واقضى أثره الشارح المعنى . أقول : التعرض للفرق بين المستثنى مما لا يد منه جدا وقد أهمله أكثر الشراح ، ولكن المرتبة التي ذكرها الشارحان المزيوران لا تقطع الكلام هاهنا ، إذ لقاتل أن يقول : إن أريد بتناول الدراهم الحطة من حيث المعنى تناولها إياها من حيث المعنى الوضعي لفظ الدراهم فهو ممنوع جدا ، ألا يرى إلى ما مر في تلك المسئلة من أن التحقيق أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه أحد ، وإنما الكلام في تناولها إياها حكما قلنا بتناول ما كان على أخص أوصافها الذي هو التمنية ، وإن أريد بذلك تناولها إياها من حيث الحكم فهو مسلم ولكن لا يبعدى نفعاً ، إذ المصنف مصرح هاهنا بأن الاستثناء تصرف في الملقوط فتناول لفظ الدراهم الحطة من جهة الحكم لا يمكن في صفة الاستثناء ، كيف ولو كنى تناول لفظ الدراهم الحطة من حيث الحكم فقط في صفة استثناء الحطة من الدراهم لكن تناول اسم الدار البناء من حيث الحكم فقط أيضا في صفة استثناء البناء من الدار ، فإن البناء داخل في حكم بيع الدار وفي حكم الإقرار بالدار ونحوهما حتى يملك المشتري والمقر له البناء أيضا فلا بد من زيادة إيضاح وتقرير فنقول : المراد بذلك هو التناول من حيث الحكم لكن قصدا لا تيمنا ، والدراهم تتناول الحطة باعتبار كونها على أخص أوصافها الذي هو التمنية تتناولها قصدا لا تيمنا ، فإن ما يتحقق فيه التمنية كالدنانير والمكيل والموزون والعديد المتقارب من قبيل الدوات فيجوز أن يكون مقصودا من الدراهم لمشاركتها إياها في أخص أوصافها وهو التمنية وكونه باعتبار ذلك بمنزلة جنس واحد ، ولا كذلك الدار مع البناء فإن البناء وصف للدار فلا يدخل في حكمها إلا تبعا . وبالحكمة فرق بين ما يتناول اللفظ حكما وبين ما يتبعه متناوله في الحكم ، فإن الأول مدلول حكي للفظ مقصود منه أصالة فيكون استثناءه تصرفا في الملقوط : أي في مدلول اللفظ حكما فيصح ، والثاني خارج عن مدلول اللفظ وضعيا وحكما غير مقصود منه أصلا لكنه تابع لمدلوله في الحكم الثابت له فلا يكون استثناءه تصرفا في الملقوط فلا يصح . قال المصنف (والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار) يعني لا يصح استثناء الفص في الإقرار بالخاتم ولا استثناء النخلة في الإقرار بالبستان ، كما لا يصح استثناء البناء في الإقرار بالدار (لأنه) أي لأن كل واحد من الفص والنخلة (يدخل فيه) أي يدخل في المصدر (تبعا لا لفظا) والاستثناء تصرف في الملقوط كما مر . قال بعض العلماء : قول المصنف هاهنا إن الفص يدخل تبعا لا لفظا ينافي قوله فيما مر أن اسم الخاتم يشمل الكل . أقول : يمكن أن يقال إن مراده يشمل اسم الخاتم الكل في قوله السابق أهم من الشمول التقصدي والتبني ، ومراده بنى دخول الفص في الخاتم في قوله اللاحق نفي الدخول التقصدي فلا منافاة بينهما . قال في البدائع : ولو أقر الإنسان بدار واستثنى بنامها نفسه فلا استثناء باطل ، لأن اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة في اللغة ، وإنما البناء فيها بمنزلة الصفة فلم يكن المستثنى من جنس المستثنى منه فلم يصح الاستثناء ويكون الدار مع البناء للقر له لأنه وإن لم يكن اسمها عاما لكنه يتناول هذه الأجزاء بطريق التضمن كن أقر لغيره بخاتم كان له الحلقة والفص لأن اسم عام ، بل هو اسم لشيء واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناول بطريق التضمن ، انتهى كلامه . أقول : فيه نظر ، أما أولا فلأن قوله لأن اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة مما لا يساعده كتب اللغة ، ألا يرى إلى ما قال في المغرب : الدار اسم جامع للبناء والعرصة ، وإلى ما قال في القاموس : الدار محل يجمع البناء

لفلان غالبنا لا يتبعها ، بخلاف ما إذا قال بناء هذه الدار لي والأرض لفلان حيث كانا للقر له لأن الإقرار بالأرض لأصحابها إقرار بالبناء بالإقرار بالدار ، وجنس هذه المسائل يخرج على أصليين : أحدهما أن الإقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس ،

بخلاف ما إذا قال إلا ثلثها أو إلا بيتا منها لأنه داخل فيه لفظا (ولو قال بناء هذا الدار في والعروة لفلان فهو كما قال) لأن العروة عبارة عن البقعة دون البناء ، فكأنه قال يبايض هذه الأرض دون البناء لفلان ، بخلاف ما إذا قال مكان العروة أرضا حيث يكون البناء للمقر له لأن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء كالإقرار بالدار

والعروة . وأما ثانيا فلأن قوله ولكنه يتناول هذه الأجزاء بطريق التضمن يدل على أن البناء جزء من معنى اسم الدار ، وهذا مع كونه مخالفا لما قاله أولنا من أن اسم الدار لا يتناول البناء لغة يقتضي صحة استثناء البناء لنفسه للقطع بصحة استثناء الجزء من الكل كما لو قال له على عشرة إلا واحدا . لا يقال : يجوز أن يكون مراده بالتضمن معنى التبعية لالجزئية فيقول إلى ما قاله المصنف وغيره . لأننا نقول : مع إياه قوله هذه الأجزاء عن ذلك التوجيه جدا بمنعه قوله في تنظيره بمسئلة الإقرار بالتمام بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن ، فإنه نص في دخول الفص كالحلقة بطريق الأصالة دون التبعية ، وهو خلاف ما صرح به المصنف وسائر الفقهاء (بخلاف ما إذا قال إلا ثلثها) أي إذا قال هذه الدار لفلان إلا ثلثها (أو إلا بيتا منها) حيث يصح الاستثناء ويكون للمقر له ما عدا ثلث الدار وما عدا البيت (لأنه) أي لأن كل واحد من الثلث والبيت (داخل فيه) أي في الصدر الذي هو الدار (لفظا) ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن كذا قالوا . أقول : كون البيت داخلا في الدار لفظا ومقصودا مشكل على القول بأن الدار اسم للعروة كما ذكروه في كتاب الأيمان ، واستدلوا به على أن من حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انتهت وصارت صحراء حنت ، إذ على تقدير أن يكون البيت داخلا في الدار لفظا ومقصودا يكون جزءا من مدلول لفظ الدار فلا يكون الدار حينئذ أسما للعروة فقط بل لمجموع العروة والبيوت ، فإذا انتهت وصارت صحراء لزم أن تتعدى بانعدام بعض أجزائها فلم يظهر وجه اختصاص في المسئلة المذكورة ، وللعجب من صاحب البدائع أنه قال هاهنا بخلاف ما إذا استثنى ربع الدار أو ثلثها أو بيتا منها أنه يصح الاستثناء لما بينا أن الدار اسم للعروة فكان المستثنى من جنس المستثنى منه فصيح انتهى . فإن كون الدار أسما للعروة يقتضي عدم صحة الاستثناء في صورة استثناء البيت من الدار ، لأن البيت ليس من جنس العروة إذ البيت اسم لبناء مسقف له حواطط أربعة على قول أو ثلاثة على قول آخر كما عرف في الأيمان في مسئلة ما لو حلف لا يدخل بيتا فدخل صفة والعروة هي البقعة كما سياتي فأتى هذه من ذلك ؟ فما ذكره يكون حجة عليه لا له في هاتيك الصورة (ولو قال بناء هذه الدار في والعروة لفلان فهو كما قال) وهذا لفظ القدوري أيضا في مختصره : يعني يكون البناء للمقر والعروة لفلان . قال المصنف في تعليقه (لأن العروة عبارة عن البقعة دون البناء) يعني أن العروة في اللغة عبارة عن بقعة ليس فيها بناء ، فلما اعتبر في معناها الخلو عن البناء لم يتبعها البناء في الحكم (فكأنه قال : يبيع هذه الأرض دون البناء لفلان) قال المصنف (بخلاف ما إذا قال مكان العروة أرضا) أي بخلاف ما إذا قال بناء هذه الدار في والأرض لفلان (حيث يكون البناء للمقر له) مع الأرض (لأن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء) بناء على أن الأرض أصل والبناء تبع ، والإقرار بالأصل لإقرار بالتبع (كالإقرار بالدار) حيث يكون البناء أيضا للمقر له هناك وإن استثناء نفسه كما مر . فإن قلت : يشكل على هذا ما لو قال البناء لفلان والأرض لآخر فإنه كما

والثاني أن إقرار الإنسان ليس بمجبة على غيره ، فإذا أقر بشيئين يتبع أحدهما الآخر كالأرض والبناء ، فإن كان لشخص فظاهر ، وإن كان لشخصين ، فإن قدم التابع فقال بناء هذه الأرض لفلان والأرض لفلان فكأن قال لأن الإقرار الأول لما صح لم يصلح جعل البناء تابعا ثانيا لتلازم الإقرار على الغير ، وإن قدم المتبوع فكلاهما للمقر له لأن الإقرار به يستتبع التابع ، فالإقرار بالتابع بعد ذلك إقرار على الغير فلا يصح . وإذا أقر بأحدهما ، فإن كان المتبوع كقول الأرض لفلان والبناء لي كانا للمقر له بالاستتباع ، وإن كان التابع كقول الأرض لي والبناء لفلان كان كما قال ، لأن في الأول دعوى بعد الإقرار فلا يصح

(قوله لأن الإقرار به) أقول : التفسير في قوله به راجع إلى المتبوع في قوله وإن قدم المتبوع .

(ولو قال له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه . فإن ذكر عبدا بعينه قبل للمقر له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك) قال : وهذا على وجوه : أحدها هذا وهو أن يصدقته ويسلم العبد ، وجوابه ما ذكر ،

قال حتى يكون البناء للأول والأرض للثاني ، ولم يقل هناك الإقرار بالأرض لإقرار بالبناء فما وجه الفرق بينهما ؟ قلت : الفرق بينهما من حيث أن أول كلامه فيها أوردت إقرار معتبر بالبناء للأول فذهب أن آخر كلامه إقرار بالأرض والبناء لكن إقراره فيها صار مستحقا لغيره لا يصح فكان للثاني الأرض خاصة ، وأما فيما نحن فيه فآخر كلامه إقرار بالأرض والبناء وهما جميعا ملكه فصحب إقراره بهما للمقر له ، وذلك لأن أول كلامه وهو قوله بناء هذه الدار لي غير معتبر لأنه قد كان له قبل أن يذكره فبقوله وأرضها لفلان ، والإقرار بالأصل يوجب ثبوت حق المقر له في البيع . توضيح الفرق في تلك المسئلة لما صار للمقر له الأول خرج من أن يكون تبعا للأرض حكما لإقراره بالأرض للثاني بعد ذلك لا يتعدى إلى البناء ، وفي مسئلتنا البناء باق على ملك المقر فكان تبعا للأرض ، فإقراره بالأرض يثبت الحق للمقر له في البناء تبعا ، كذا في المبسوط . اعلم أن هذا الجنس خمس مسائل وتخريفيها على أصليين : أحدهما أن الإقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس . والثاني أن إقرار الإنسان حجة على نفسه وليس بصحة على غيره . إذا عرفت هذا فنقول : إذا قال بناء هذه الدار لي وأرضها لفلان كانت الأرض والبناء لفلان ، لأن بقوله البناء لي ادعى البناء ويقول الأرض لفلان أقر لفلان بالبناء تبعا للإقرار بالأرض ، والإقرار بعد الدعوى صحيح . وإذا قال أرضها لي وبنائها لفلان فهو على ما أقر لأن بقوله أرضها لي ادعى البناء لنفسه تبعا وبقوله والبناء لفلان أقر بالبناء لفلان ، والإقرار بعد الدعوى صحيح ، ويؤمر المقر له بنقل البناء من أرضه . وإذا قال أرض هذه الدار لفلان وبنائها لفلان أقر لفلان بالأرض والبناء لنفسه ، والدعوى بعد الإقرار لاتصح . وإذا قال أرض هذه الدار لفلان وبنائها لفلان آخر فالأرض والبناء للمقر له الأول ، لأن بقوله أرض هذه الدار لفلان مقرا بالبناء تبعا للأرض وبقوله وبنائها لفلان آخر كان مقرا على الأول ، والإقرار على الغير لا يصح . وإذا قال بناء هذه الدار لفلان وأرضها لفلان آخر فهو كما قال ، لأن بقوله أولا بناء هذا الدار لفلان صار مقرا بالبناء له وبقوله وأرضها لفلان آخر صار مقرا على الأول بالبناء للثاني ، والإقرار على الغير باطل ، كذا في النخبة (ولو قال له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه ، فإن ذكر عبدا بعينه قبل للمقر له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك) إلى هنا لفظ القنطري في مختصره (قال) أي قال المصنف رحمه الله (هذا) أي ما ذكر من المسئلة (على وجوه : أحدها هذا) أي هذا الوجه (وهو أن يصدقته) أي أن يصدق المقر له المقر (ويسلم العبد ، وجوابه) أي جواب هذا الوجه (ما ذكر) من قوله قبل للمقر له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك . قال بعض الفضلاء : فيه أنه إذا سلم العبد كيف يقال له إن شئت فسلم العبد الخ . أقول : ما ذكره إنما يتجه أن لو كان لفظ يسلم في قول المصنف ويسلم العبد من سلمه إليه ، وأما إذا كان من سلمه له : أي جعله سائلا له فلا ، لأن سلامة العبد للمقر إنما تحصل باعتراف المقر له بأنه عبده لا لغيره ، وقد يتحقق هذا قبل تسليم العبد إلى المقر فلا يناق أن يقال له إن شئت فسلم العبد الخ ، وقد استعمل المصنف سلمه له مرادا به المعنى المذكور في مواضع من كتابه . هذا وما سياتي في فصل الدين المشترك من باب الصلح في الدين حيث قال : فلو سلم له وفي الثاني عكسه فصحب . قال (ولو قال له على ألف درهم من ثمن عبلي الخ) ومن قال له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته ولم أقبضه فلما أن يذكر عبدا . بعينه أولا ، فإن كان الأول فهو على وجوه : أحدها أن يصدقته فيقال له إن شئت فسلم العبد وخذ

(قال المصنف : فسلم العبد) أقول : أي التزم تسليمه (قال المصنف : وإلا فلا شيء لك) أقول : أي وإن لم تلتزم فلا مخالفة لما مر في البيع (قال المصنف : وهو أن يصدق ويسلم العبد الخ) أقول : فيه أنه إذا سلم العبد كيف يقال له إن شئت فسلم العبد الخ ؟ فالظاهر هو الاكتفاء بقوله وهو أن يصدقته .

لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة . والثاني أن يقول المقر له العبد عبدك ما بعتهك وإنما بعتهك عبداً غير هذا وفيه المال لازم على المقر لإقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يباي بأختلاف السبب بعد حصول المقصود . والثالث أن يقول العبد عبدي .

ما قبض ثم تروى ما على الغريم له أن يشارك القابض لأنه رضى بالتسليم ليسلم له ما بذمة الغريم ولم يسلم انتهى . ويعمل أن يكون لفظة يسلم هاهنا ثلاثياً من السلامة لا من التسليم ويكون العبد فاعلاً لا مفعولاً فيحتك لا يتوهم المناهضة أصلاً . قال المصنف في تعليل جواب الوجه المذكور (لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة) يعني أنهما تصادقا في هذا الوجه ، والثابت بتصادقهما كالثابت معاينة . ولو عايناه أنه اشترى منه هذا العبد بألف والعبد في يده كان عليه ألف درهم كذا هاهنا . قال صاحب العناية : وفيه نظر ، لأنهما إذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الأمر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على المقر له . والجواب أن ذلك حكم ما إذا ادعى المقر له تسليم الثمن على المقر ، وليس مانع فيه كذلك ، فإن حكمتنا بذلك كان حكماً بما لا يدعيه أحد وذلك باطل ، إلى هنا كلامه . وعلل بعض القضاة في جوابه بأن قال : ولت شرعى أن ما ذكر في الكتاب حكم أية مسألة انتهى . أقول : ما ذكر في الكتاب حكم مسألة الإقرار ، فإن نفس الإقرار والتصادق لا يقتضي الحكم بتسليم الثمن على المقر ولا الحكم بتسليم العبد على المقر له ، فإن كل واحد من الحكيمين المذكورين مقتضى الدعوى ولا دعوى فيها نحن فيه ، بل فيه إقرار محض ، وحكمه لزوم الألف على المقر إن سلم المقر له العبد إليه . وأما إن لم يسلمه إليه بأن هلك في يده فلا يلزمه شيء كما هو الحكم في ثبوت البيع معاينة ، وهذا معنى ما ذكر في الكتاب . قيل : للمقر له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك ، وليس المراد من إن شئت فسلم العبد تخيير المقر له بين تسليم العبد وعدم تسليمه ، إذ لا يقدر البائع على عدم تسليم المبيع إلى المشتري بعد أن صبح البيع وتم ، بل المراد منه أن لزوم الألف على المقر مشروط بتسليمه العبد إليه ، فإن أردت الوصول إلى حقل فسلم العبد ولا تضعه ، وليس المراد بقوله وخذ الألف خذ الألف بعد تسليم العبد ، إذ لا دلالة على التعقيب في الواو بل هي للجمع مطلقاً فلا يخالف ما تقرّر في البيع من أن اللازم في بيع سلمة بثمن تسليم الثمن أولاً . فخلاصة ما ذكر في الكتاب هاهنا ما قال في الوقاية وغيرها ، فإن سلم المقر له لزمه الألف وإلا لا (والثاني) أي الوجه الثاني (أن يقول المقر له العبد عبدك) أي العبد الذي عينته عبدك (ما بعتهك وإنما بعتهك عبداً غير هذا) وسلمته إليك (وفيه) أي في هذا الوجه (المال لازم على المقر لإقراره به) أي بالمال (عند سلامة العبد له) وقد سلم (أي وقد سلم العبد له حين اعترف المقر له بأنه ملكه) فلا يباي بأختلاف السبب بعد حصول المقصود . كما لو قال لك على ألف خصبته منك وقال لا بل استقرضت مني لأن الأسباب مطلوبة لأحكامها لا لأعيانها فلا يعتبر التكاذب في الحبب بعد اتصافهما على وجوب أصل المال ، ولا تفاوت في هذا الوجه بين أن يكون العبد في يد المقر أو في يد المقر له ، كذا قالوا (والثالث) أي الوجه الثالث (أن يقول) أي المقر له (العبد عبدي) أي العبد الذي

الألف ، وإلا فلا شيء لك لأنهما تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت معاينة ، وفيه نظر لأنهما إذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الأمر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على المقر له . والجواب أن ذلك حكم ما إذا ادعى المقر له تسليم الثمن على المقر وليس مانع فيه كذلك ، فإن حكمتنا بذلك كان حكماً بما لا يدعيه أحد وذلك باطل . والثاني أن يقول المقر له العبد عبدك ما بعتهك ، وإنما بعتهك عبداً غير هذا ، وسلمته لك ، وفيه المال لازم على المقر لإقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ، ولا يباي بأختلاف السبب بعد حصول المقصود ، كما لو قال لك على ألف خصبته منك وقال لا بل استقرضت مني ، ولا تفاوت في هذا بين أن يكون العبد في يد المقر أو المقر له . والثالث أن يقول العبد عبدي ما بعتهك ، وفيه لا يلزم المقر شيء لأن المقر

(قوله فالحكم الأمر بتسليم الثمن) أقول : لا الصغير بأن يقال إن شئت فسلم العبد ولا تسليم العبد أولاً ، ثم أخذ الألف (قوله والجواب أن ذلك حكم ما إذا ادعى الثمن) أقول : ولت شرعى أن ما ذكر في الكتاب حكم أية مسألة .

ما بعثك . وحكمه أن لا يلزم المقر شيء لأنه ما أقر بالمال إلا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ، ولو قال مع ذلك إنما بعثك غيره يتحالفان لأن المقر يدهى تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعى عليه الألف ببيع غيره والآخر ينكره ، وإذا تحالفا بطل المال ، هذا إذا ذكر عبدا بعينه (وإن قال من ثمن عبد اشتريته ولم يعينه لزمه الألف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل) لأنه رجوع فإنه أقر بوجود المال رجوعا إلى كلمة على ، وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا لأن الجهالة مقارنة كانت أو طارئة بأن اشترى عبدا ثم نسيه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع

عينته عبدي (ما بعثك وحكمه) أي حكم هذا الوجه (أن لا يلزم المقر شيء لأنه ما أقر بالمال إلا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه) أي فلا يلزم المال دون العبد ، لأنه إذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله ، ولا تفاوت في هذا الوجه أيضا بين أن يكون العبد في يد المقر أو في يد المقر له ، لأنه إذا كان في يد المقر يأخذ المقر له العبد منه فلا يلزم المقر شيء من ثمن العبد ، كما قالوا (ولو قال مع ذلك) أي ولو قال المقر له مع إنكار العبد المقر به (إنما بعثك غيره) أي غير ذلك العبد (يتحالفان لأن المقر يدهى تسليم من عينه) أي وجوب تسليمه (والآخر ينكر والمقر له يدعى عليه) أي على المقر (الألف) أي لزوم الألف (ببيع غيره) أي غير من عينه (والآخر ينكر) فصار كل واحد منهما مدعيا ومنكرا وحكم ذلك التحالف (وإذا تحالفا بطل المال) أي بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن في يده (هذا) أي ما ذكره من الوجوه (إذا ذكر) أي المقر (عبدا بعينه وإن قال من ثمن عبد) يعني إن قال له على ألف درهم من ثمن عبد (اشتريته) منه ولم أقبضه (ولم يعينه) أي لم يعين المقر العبد المشتري (لزمه الألف) ولم يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل) أي سواء وصل قوله ما قبضت العبد المشتري بكلامه السابق أو فصل عنه (لأنه) أي لأن قوله ما قبضت (رجوع) عما أقر به (فإنه أقر بوجود المال رجوعا إلى كلمة على) أي نظرا إلى هذه الكلمة التي ذكرها أولا في قوله له على ألف درهم إذ هي للإيجاب (وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا) أي بالكلية (لأن الجهالة) أي جهالة المبيع (مقارنة كانت) كالجهاالة حالة العقد (أو طارئة بأن اشترى عبدا ثم نسيه) أي نسي المتماقدان ذلك العبد (عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع) خبر أن في قوله لأن الجهالة : يعني أن الجهالة توجب هلاك

ما أقر بالمال إلا عوضا عن العبد ، فإذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله ، وفي هذا أيضا لا تفاوت بين كون العبد في يد المقر أو في يد المقر له ، فإنه إذا كان في يد المقر يأخذ العبد ، ولو قال مع ذلك : أي مع إنكار العبد إنما بعثك غيره يدعى لزوم المال ببيع عبد آخر تحالفا ، لأن المقر يدهى تسليم من عينه والآخر ينكره ، والمقر له يدعى عليه الألف ببيع غيره والمقر ينكره ، وإذا تحالفا بطل المال من المقر والعبد سالم لمن هو في يده وإن كان الثاني لزمه الألف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل لأنه رجوع عما أقر به ، فإن إقراره صح رجوعا إلى كلمة على ، وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا ، لأن جهالة المبيع مقارنة كانت كالجهاالة حالة العقد أو طارئة ، كما إذا اشترى عبدا ونسيه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع لعدم القدرة على تسليم المجهول وذلك يوجب سقوط نقد الثمن ، فأول كلامه إقراره بوجوب الثمن وآخره يوجب سقوطه وذلك رجوع فلا يصح وإن كان موضوعا . وقال أبو يوسف ومحمد : المقر له إما أن يصدق في المقر في الجهة أولا ، فإن صدقه فاقول للمقر في عدم القبض كما سيأتي ، وإن كذبه فالمقر إما أن وصل بقوله لم أقبضه أو فصل ، فإن وصل

(قال المصنف : لأنه رجوع ، إلى قوله : لأن الجهالة مقارنة الخ) أقول : في تمام التشريب كلام ، فإن ارتفع الجهالة لا يلزم أن يكون بالقبض بل باصتراف المشتري بأنه هذا وإحصاء البايع فليشأن فإنه يجوز أن يقال الظاهر هو عدم الاصتراف فيبيع على الجهالة (قوله فإن إقراره صح رجوعا) أقول : الأول أن يقول كما في الهداية فإنه أقر بوجوب الألف ، وتوجيه كلامه أن صح بمعنى ثبت : أي ثبت إقراره بوجوب الألف .

فيمتنع وجوب نقد الثمن ، وإذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وإن كان موصولا . وقال أبو يوسف ومحمد : إن وصل صدق ولم يلزمه شيء . وإن فصل لم يصدق إذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عيد ، وإن أقر أنه باع متاعا فالقول قول المقر . ووجه ذلك أنه أقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع ، فإن وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض .

المبيع : أي تجعل المبيع في حكم المسئك لعدم القدرة على تسليم المجهول (فيمتنع وجوب نقد الثمن) لأن نقد الثمن لا يجب إلا بإحضار المبيع وقد امتنع إحضاره بالجهالة فامتنع وجوب نقد الثمن أيضا (وإذا كان كذلك كان رجوعا) فإن أول كلامه إقرار بوجوب الثمن وآخره بوجوب سقوطه ، وذلك رجوع (فلا يصح وإن كان موصولا) لأن الرجوع عن الإقرار باطل مفسولا كان أو موصولا . أقول : لقائل أن يقول : يشكل التعليل المذكور هاهنا من قبل أي حنيفة بمسئلة الاستثناء بمسئلة الله تعالى ، فإنه لم يلزم المقر هناك شيئا بالاتفاق مع جريان خلاصة هذا التعليل هناك أيضا بأن يقال : إن أول الكلام إقرار بوجوب المال رجوعا إلى كلمة على ، وآخره ينافي الوجوب أصلا فيقتضى أن يكون رجوعا فيلزم أن لا يصح . ويمكن أن يجاب عنه بما أشار إليه المصنف فيها سيأتي في مسئلة ما لو قال من ثمن خر أو خنزير بقوله قلنا ذلك تعليق وهذا إبطال ، وسند ذكر تنصتة الكلام هناك إن شاء الله تعالى . ثم إن بعض الفضلاء أورد على هذا التعليل المزبور كلاما أكثر ، وأجاب عنه حيث قال في تمام التزريب كلام ، فإن ارتفاع الجهة لا يلزم أن يكون بالقبض بل باعتراف المشتري بأنه هذا وإحضار البائع فليتأمل ، فإنه يجوز أن يقال : الظاهر هو عدم الاعتراف ببيع على الجهة انتهى . أقول : لا الإيراد بشيء ولا الجواب . أما الأوّل فلأن المقر فيها نحن فيه لما لم يمين العبد فصار مجهولا لم يكلف المقر له إحضار ذلك أصلا ، بل لم يمكن له إحضاره لتعذر إحضار المجهول فأتى بتصوير إحضار البائع المبيع هاهنا حتى يعترف المشتري بأنه هذا ، وإن أضر المقر له عيدا بعينه من غير تكليف واعترف المقر بأن ما اشتراه منه العبد فقد صارت المسئلة من قبيل ما إذا ذكر المقر هذا بعينه وما نحن فيه بمزحل عنه . وأما الثاني فلأنه كيف يجوز أن يقال : الظاهر هو عدم الاعتراف وقد لزمه الألف بلا عرض عند أي حنيفة في هذه المسئلة ، وإن لم يحضر البائع شيئا ، فهل يؤثر الماقل إعطاء الألف بلا عرض على إعطائه بمقابلة ما أحضره البائع ، فالظاهر هو الاعتراف عند إحضاره بلا ريب (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إن وصل صدق ولم يلزمه شيء) وبه قال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى (وإن فصل لم يصدق إذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عيد) أي إذا كذب المقر له المقر في الجهة وهي أن يكون ذلك الألف من ثمن عيد (وإن أقر) أي إن أقر المقر له (أنه) أي المقر له (باعه) أي باع المقر متاعا) يعني إن صدق المقر له المقر في الجهة بأن قال إنه باعه متاعا وهو العبد كما أقر به المقر ، ولكن كذبه في إنكاره قبض المبيع (فالقول قول المقر) سواء وصل أم فصل . وإنما عبر المصنف هاهنا عن المبيع بالمتاع حيث قال : وإن أقر أنه باعه متاعا وقد كان وضع مسئلة الكتاب في العبد ليعلم أن الحكم في المتاع مطلقا هو الحكم في العبد (ووجه ذلك) أي وجه ما قاله الإمامان (أنه) أي المقر (أقر) بوجوب المال عليه أي على نفسه حيث قال له على ألف درهم (وبين سببا) له (وهو البيع) حيث قال من ثمن عيد اشتريته منه (فإن وافقه الطالب) يعني المقر له (في السبب) وهو البيع (وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض) أي وبمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري لأن الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التزول ، لأنه ربما يهلك المبيع في يد

فالقول قوله ، وإن فصل لم يصدق لأن أول كلامه موجب وآخره قد تغير لأنه يشتمل انتفاء على اعتبار عدم القبض فكان بيان تغييره وهو إنما يصح موصولا والموجود هو معنى قوله وإن أقر أنه باعه متاعا البيع وإنما عبر عنه بذلك ليعلم أن الحكم في المتاع حكم العبد (قوله وبه لا يتأكد الوجوب) أي بمجرد وجوب السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري لأن

(قوله والموجود هو معنى قوله البيع) أقول : يقول المشرح آتفا كما سيأتي .

والمقر ينكره فيكون القول له ، وإن كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا منيرا لأن صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لافصولا (ولو قال ابتعت منه يما إلا أنى لم أقبضه فالقول قوله) بالإجماع لأنه ليس من ضرورة البيع القبض ، بخلاف الإقرار بوجوب الثمن .

البائع فيسقط الثمن عن المشتري ، وإنما يتأكد بالقبض والمقر له يدعى القبض (والمقر ينكره فيكون القول له) أى للمنكر . قال صاحب العناية : وفى عبارة المصنف نظر ، لأن قوله فإن وافقه الطالب فى السبب شرط فلا بد من جواب ، وقوله وبه لا يتأكد الوجوب لأصلح لذلك ، وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولمدم الربط ، فإنك لو قدرت كلامه فإن وافقه الطالب فى السبب فيكون القول له ليس بصحيح ، لأنه فى بيان التعليل وليس فيه إشعار بذلك وقال : ويمكن أن يقال جزاؤه مخلوف وتقديره فإن وافقه الطالب فى السبب والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد لكنه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعيا القبض والمقر ينكره فيكون القول له انتهى كلامه . أقول : النظر المزبور ساقط جدا ، فإن قول المصنف فيكون القول له صالح لأن يكون جوابا للشرط المذكور قطعاً ، ووجود الفاء فيه ليس بمانع منه أصلاً ، إذ قد تقرر فى علم النحو أن الجزء إذا كان مضارعاً مثبتاً أو منفياً بلا نفيه الوجهان : دخول الفاء عليه وعدم دخوله ، قال الله تعالى - ومن عاد فينتقم أقدمة - ولمدم الربط فيه مجموع ، فإن قوله وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض والمقر ينكره وقع قيداً للشرط المزبور فصار معنى الكلام فإن وافقه الطالب فى السبب ، والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري وإنما يتأكد بالقبض والمقر ينكر القبض فيكون القول له . ولا يخفى على ذى فطرة سليمة أن قوله فيكون القول له مربوطاً بالشرط المزبور مقيداً بالقييد المذكور ، وإن لم يكن مربوطاً به هارياً من ذلك القيد فلا حاجة إلى تقدير جزاء مخلوف كما تحمله ذلك الشارح (وإن كذبه) أى وإن كذب الطالب المقر (فى السبب كان هذا من المقر بيانا منيرا لأن صدر كلامه) وهو قوله له على ألف درهم (للوجوب مطلقاً) رجوعاً عن كلمة على (وآخره) أى آخر كلامه (يحتمل انتفاءه) أى انتفاء الوجوب (على اعتبار عدم القبض) فصار منيراً للمقتضى أول كلامه (والمغير يصح موصولا لافصولاً) كالاستثناء (ولو قال ابتعت منه يما ، أى ميبعا ، وفى بعض النسخ : عينا (إلا أنى لم أقبضه فالقول قوله أى قول المقر (بالإجماع) ذكر المصنف هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدورى وقال فى تعليلها (لأنه ليس من ضرورة البيع القبض) يعنى أن المقر هاهنا إنما أثر بمجرد القصد ، والإقرار بالمقد لا يكون لإقرارا بالقبض ، إذ ليس من ضرورة البيع قبض المبيع حتى يجب الثمن على المشتري (بخلاف الإقرار بوجوب الثمن) فإن من ضرورته القبض . قال صاحب العناية : هذا

الوجوب عليه قبل قبض المبيع فى حيز التردد لأنه ربما يهلك المبيع فى يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري لكنه يتأكد بالقبض والمُدعى يدعى القبض والمقر ينكره فيكون القول قوله ، وفى عبارته نظر لأن قوله فإن وافقه الطالب فى السبب شرط فلا بد من جواب . وقوله وبه لا يتأكد الوجوب لأصلح لذلك ، وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولمدم الربط فإنك لو قدرت كلامه فإن وافقه الطالب فى السبب فيكون القول له ليس بصحيح لأنه فى بيان التعليل وليس فيه إشعار بذلك . ويمكن أن يقال : جزاؤه مخلوف وتقديره فإن وافقه الطالب فى السبب والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد لكنه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول له (ولو قال ابتعت منه) وفى بعض النسخ : ابتعت منه يما : أى ميبعا ، وفى بعضها عينا (إلا أنى لم أقبضه فالقول قوله بالإجماع لأنه ليس من ضرورة البيع القبض) ولم يقر بوجوب الثمن بلحوا أن يوجد

(قوله وفى عبارته نظر إلى قوله : لوجود الفاء الخ) أقول : فى أوائل التسم الثالث من المختار وإن توقف عليه ، ولا شبهة فى أن الكلام فيه كلام من التقبل الثانى فيتوقف تعريفه على تعريف له سابق ويتسلسل أو يمد . وقال السيد الشريف من شراحه : دخول الفاء فى قوله فيتوقف لوقوع الفصل وإن كان الفاصل ما يتبين به لزوم الشرط لجزاء انتهى . فلم من هذا جواب نظر الشارح (قال المصنف : بخلاف الإقرار بوجوب الثمن الخ) أقول : المراد هو الإقرار بوجوب الثمن فى المبيع الغير الملمين ، فإن إنكار القبض فيه ينافى الوجوب أصلاً كما سبق فليتأمل ، أو المطلق ينصرف إلى الكمال فيكون المراد للوجوب المتفاته .

قال (وكذا لو قال من ثمن خر أو خنزير) ومعنى المسئلة إذا قال لفلان على ألف من ثمن خر أو خنزير (لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة وصل أم فصل) لأنه رجوع لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا وأول كلامه للوجوب (وقالا : إذا وصل لا يلزمه شيء) لأنه يبين بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب وصار كما إذا قال في آخره إن شاء الله . قلنا : ذلك تعليق وهذا إبطال .

مفهوم كلام المصنف ، وفيه نظر ، فإنه إنما كان كذلك أن لو وجب تسليم المبيع أولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع انتهى . أقول : وهذا النظر أيضا ساقط ، إذ الظاهر أن مراد المصنف هاهنا هو الإقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين ، إذ هو المختلف فيه المحتاج إلى الفرق ، وقد تقرر أن إنكار القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا ، فلا بد في نفاذ الإقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين من قبضه فكان من ضرورته القبض (قال : أي القدوري في مختصره) وكذا لو قال من ثمن خر أو خنزير قال المصنف (ومعنى المسئلة) أي معنى المسئلة التي ذكرها القدوري (إذا قال لفلان على ألف من ثمن خر أو خنزير لزمه الألف ولم يقبل تفسيره) يعني قوله من ثمن خر أو خنزير (عند أبي حنيفة وصل أم فصل ، لأنه) أي لأن تفسيره رجوع عن إقراره (لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا) على المسلم (وأول كلامه) وهو قوله على ألف (للوجوب) والرجوع عن الإقرار باطل (وقالا : أي قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله) إذا وصل لا يلزمه شيء لأنه) أي المقر (بين بآخر كلامه أنه ما أراد به) أي بأول كلامه (الإيجاب) لأنه يحتمل أنه بنى إقراره على عادة الفسقة ، فإن الخمر مال يجرى فيه الشح والفسنة وقد اعتاد الفسقة شراؤها وأداء ثمنها فكان آخر كلامه بيانا مقبرا فيصبح موصولا ، كذا في الشروح . أقول : هذا لا ينشئ فيها إذا قال من ثمن خنزير لأنه لا يحتمل في هذه الصورة أن يبنى إقراره على عادة الفسقة من المسلمين كما في صورة أن قال من ثمن خر ، إذ لا يقع منهم شراء الخنزير ولا أداء ثمنه أصلا فضلا عن اعتيادهم بذلك ، وأما عادة الكفار فلا تصلح لأن تجعل مبنى الكلام لأن الكلام في المسلم كما لا يخفى ، والدليل الذي ذكره المصنف هاهنا من قبلهما مسوق للصوريين معا فلا يتم التقريب (وصار) أي صار آخر كلامه فيها نفي فيه (كما إذا قال في آخره إن شاء الله) فإنه يصدق هناك إذا وصل فكذا هاهنا . أجاب المصنف عن هذا القياس بقوله (قلنا ذلك تعليق وهذا إبطال) يعني أن قوله إن شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه ، والتعليق

البيع ولا يجب الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط ، بخلاف الإقرار بوجوب الثمن فإن من ضرورته القبض ، هذا مفهوم كلام المصنف ، وفيه نظر فإنه إنما كان كذلك أن لو وجب تسليم المبيع أولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع . قال (وكذا لو قال من ثمن خر أو خنزير الخ) ولو قال له على ألف من ثمن خر أو من ثمن خنزير لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة وصل أم فصل إذا لم يصدق المقر لأنه رجوع لأنه أقر بوجوب ألف ثم زعم أنه لم يكن واجبا عليه ، لأن ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعا ، وقالا : إذا وصل لم يلزمه شيء لأنه يبين بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب ، لأن الخمر مال يجرى فيه الشح والفسنة ، وقد اعتاد الفسقة شراؤها وأداء ثمنها ، فيحتمل أنه بنى إقراره على هذه العادة فكان آخر كلامه بيانا مقبرا فيصبح موصولا ، فصار كما إذا قال في آخره إن شاء الله . والجواب بأن ذلك تعليق لأن صيقته وضعت له والتعليق بين أهل اللسان متعارف كالإرسال فكان من باب البيان ووجوب المال عليه من حكم الإرسال ، فمع صيغة التعليق لا يلزم حكم الإرسال ، وهذا إبطال والإبطال رجوع والرجوع بعد الإقرار غير صحيح موصولا ومفصلا . ولو قال له على ألف من ثمن

(قال المصنف : ومعنى المسئلة ، إلى قوله : وصل أم فصل) أقول : يجوز التوكيد بشراء الخمر عند أبي حنيفة فيجوز أن يضيف الإقرار إلى الموكل كما سبق من الشرح في فصل الإقرار لحمل نظير هذا ، لكن وضع المسئلة فيما إذا كان كل من المقر والمقر له مسلما (قال المصنف لأنه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب) أقول : يعني الإيجاب الشرعي (قوله فيحتمل أنه بنى إقراره على هذه العادة) أقول : يعني وحسب أنه يجب الثمن به (قوله وهذا إبطال والإبطال رجوع الخ) أقول : تخالف ظاهرا لما سبق في الاستثناء بأن شاء الله من قوله فإن كان الأول فقد يعطل إلا أن يقال كان ذلك قول أبي يوسف .

(ولو قال له على ألف من ثمن متاع أو قال أقرضني ألف درهم ثم قال هي زيوف أو نهرجة وقال المقر له جياذ لزمه الجياذ في قول أبي حنيفة . وقالوا : إن قال موصولا يصدق ، وإن قال مفصولا لا يصدق) وعلى هذا الخلاف إذا قال هي ستوقة أو رصاص ،

بالشرط من باب بيان التغيير فيصح موصولا ، وما نحن فيه بإبطال والإبطال لا يكون بيانا فلم يصح وإن كان موصولا أقول : فيه كلام من وجهين : أحدهما أن المصنف قال في مسألة الاستثناء بمشيئة الله أن الاستثناء بمشيئة الله إما بإبطال أو تعليق ، وقد بينا هناك أن المذكور في بعض الكتب المعترضة أن الأول مذهب أبي يوسف والثاني مذهب محمد ، وفي بعضها أن الأمر بالعكس ، فأيا ما كان لا يكون هذا الجواب حجة على من قال منهما يكون ذلك أيضا إبطالا . وثانيهما أن المصنف قال هناك : فإن كان الأول : يعني الإبطال فقد بطل ، وإن كان الثاني : يعني التعليق فلكذلك ، إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط ، أو لأنه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق فحصل منه أن الاستثناء بمشيئة الله وإن كان تعليقا في أصله ، إلا أنه ليس بتعليق في باب الإقرار بل هو إبطال على كل حال فكيف يتم قوله هاهنا ذلك تعليق وهذا إبطال . ويمكن أن يجاب عن الأول بأن الجواب المذكور هاهنا من قبل أبي حنيفة يصير إلزاميا بالنسبة إلى من قال منهما يكون ذلك إبطالا ، ولا يجب أن يكون الجواب إلزاميا بالنسبة إلى كل واحد منهما . وعن الثاني بأن الاستثناء بمشيئة الله وإن لم يكن في باب الإقرار تعليقا حقيقة ، إلا أنه في صورة التعليق ، وهذا التقدير يكفي في قبح قياس هذه المسئلة على مسئلة ما إذا قال في آخره إن شاء الله ، فإن هذه المسئلة ليست بتعليق لا صورة ولا معنى ، وإنما هي إبطال محض ، وأما تلك المسئلة فتعلق صورة وإن كانت إبطالا معنى فافترقا ، تأمل . وإعلم أن القنودى لم يذكر في مختصره خلافا في هذه المسئلة ، وإنما ذكره الحاكم الشهيد في الكافي فأخذ المصنف منه . ثم اعلم أن الخلاف المذكور فيما إذا كذبه الطالب ، وأما إذا صدقه في ذلك فلا يلزمه شيء في قوله جميعا لأن الثابت بتصادقهما كالتأنيب معانية ، وكذلك الحكم فيما إذا قال من ثمن خر أو مئة أزد ، صرح شيخ الإسلام غزالي زاده في مبسوطه وذكر في بعض الشروح (ولو قال له على ألف) أي ألف درهم (من ثمن متاع أو قال أقرضني ألف درهم ثم قال هي زيوف) جمع زيف وهو ما يقبله التجار ويردّه بيت المال (أو نهرجة) وهي دون الزيوف فلها ما يردّه التجار أيضا (وقال المقر له جياذ لزمه الجياذ في قول أبي حنيفة . وقالوا : أي قال أبو يوسف ومحمد (إن قال موصولا) أي إن ذكر ذلك مفصولا عنه (لا يصدق) هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير . أقول : تحريرها على اللفظ المذكور لا يتخلو عن نوع قصور ، فإن قول أبي حنيفة في هذه المسئلة أن يلزمه الجياذ سواء وصل قوله هي زيوف أو نهرجة أم فصل كما صرحوا به وبقتضيه بيان الخلاف ، إلا أن كلمة ثم في قوله ثم قال هي زيوف أو نهرجة يدل على الفصل كما لا يخفى فتوهم اختصاص قول أبي حنيفة بصورة الفصل ولا خلاف فيها بين صاحبيه ، فالظاهر أن يذكر الراي بدل ثم كما وقع في كلام الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال في باب الإقرار بالزيوف : وإذا أقر الرجل بألف درهم دين من قرض أو ثمن مبيع وادعى أنها زيوف أو نهرجة لم يصدق في قول أبي حنيفة وصل أم فصل . وقال أبو يوسف ومحمد : إن وصل يصدق ، وإن فصل لا يصدق . وهكذا ذكر خمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام علاء الدين الإسيباني في شرح الكافي ، وعلى هذا نص محمد في الأصل . قال المصنف (وعلى هذا الخلاف إذا قال هي) أي الألف (ستوقة) وهي أودأ من النهرجة (أو رصاص) أي أو قال هي رصاص فلا يصدق عند أبي حنيفة وصل أم فصل ويصدق عندهما إن وصل ، لكن هذا على إحدى الروايتين عن أبي يوسف ، وفي رواية أخرى عنه لا يصدق هاهنا وإن وصل كما قاله

متاع أو أقرضني ألفا وبين أنها زيوف أو نهرجة وقال المقر له هي جياذ لزمه الجياذ عند أبي حنيفة ، وقالوا : إن قال ذلك موصولا يصدق وإلا فلا وعلى هذا الخلاف إذا قال هي ستوقة أو رصاص لكن على أحد قول أبي يوسف فإن في رواية عنه

(قوله فإن في رواية عنه لا يصدق التبع) أقول : يعني لا يصدق في الستوقة والرصاص ، وأيضا إذا أقر بالفلوس لا يصدق في الفلوس الكاسية

وعلى هذا إذا قال إلا أنها زيف ، وعلى هذا إذا قال لفلان على ألف درهم زيف من ثمن متاع . لهما أنه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء ، وهذا لأن اسم الدرهم يحتمل الزيف بحقيقته والسوقة بمجازه ، إلا أن مطلقه ينصرف إلى الجلياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة . ولأن حنيفة أن هذا رجوع لأن مطلق العقد يقتضى وصف السلامة عن العيب ، والزيف عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجه وصار كما إذا قال بعتهك معييا وقال المشتري بعتهني سليما فالقول للمشتري لما بينا ،

أبو حنيفة ، كذا في شرح الجامع الصغير للإمام قاضيخان والإمام القزويني (وعلى هذا) أى على هذا الخلاف (إذا قال إلا أنها زيف) بكلمة الاستثناء (وعلى هذا الخلاف إذا قال لفلان على ألف درهم زيف) بالخبر ، وتجري الصفة على المهرور الملعود دون العدد كقوله تعالى - سبع بقرات سبان - كذا في معراج النارية . أقول : فلا بد من توجيه وصف المفرد بالجمع فتأمل (من ثمن متاع) هذا تنمة كلام القزويني (لما) أى لأبي يوسف وعهد في هذه الصورة الخلافية (أنه) أى مقاله القزويني آخر (بيان مغير) لما قاله أولا (فيصح موصولا) أى بشرط الوصل (كالشرط والاستثناء) فإن كل واحد منهما يصح موصولا لا مفصولا لكونه بيان تغيير (وهذا) أى كون آخر كلام القزويني ثانياً فيه بيانا مغيرا (لأن اسم الدرهم يحتمل الزيف بحقيقته) فإن الزيف من جنس الدرهم حتى يحصل به الاستيفاء في الصرف أو السلم ولا يصير استبدالا (والسوقة بمجازه) أى يحتمل السوقة مجازه لأنها تسمى دراهم مجازا فأمكن أن يتوقف صدر الكلام على حصره (إلا أن مطلقه) أى مطلق اسم الدرهم (ينصرف إلى الجلياد) لأن بيعات الناس تكون بالجلياد عادة (فكان) أى فكان ذكر الزيف أو السوقة في آخر الكلام (بيانا مغيرا) لما اقتضاه أول الكلام (من هذا الوجه) أى من الوجه المذكور فإنه كان بيانا من جهة الاحتمال ومغيرا من جهة مخالفة المادة فصح موصولا (وصار) أى صار حكما هذا (كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة) أو ستة ونقد بلدهم وزن سبعة صدق إن كان موصولا ولم يصدق إن كان مفصولا . أقول : لو تعرض المصنف في أثناء التعليق للذكر النبهجة أيضا لكان أوجه لأنها مذكورة أيضا في أصل المسئلة . فإن قلت : النبهجة كالزيف في كونها من جنس الأثمان كما صرح به في مسائل شتى من كتاب القضاء فيجوز أن يكتفى في التعليق بذكر حال الزيف . قلت : ردادة النبهجة دون ردادة الزيف كما نبه عليه هناك أيضا ، فكان الأولى الاكتفاء بذكر حال الأدنى ليعلم به حال ما فوقه بالأولوية . ثم أقول : إن قوله لأن اسم الدرهم يحتمل الزيف بحقيقته والسوقة بمجازه لا يساعده ما ذكر في معتبرات كتب اللغة كالصباح والقاموس وغيرهما فإن المذكور فيها درهم ستوق وتستوق : أى زيف نهرج فكيف يكون اسم الدرهم حقيقة في المفسر مجازا في المفسر فتأمل (ولأن حنيفة أن هذا) أى ما قاله القزويني آخر (رجوع) عما أقر به أولا ودعوى أمر عارض فلا يقبل وإن وصل وذلك (لأن مطلق العقد يقتضى وصف السلامة عن العيب) لأن موجه سلامة البذل المستحق به عن العيب (والزيف عيب) في الدرهم (ودعوى العيب رجوع عن بعض موجه) أى عن بعض موجب العقد ، فإذا ادعى أنها زيف فقد أراد إبطال ما هو المستحق بالعقد فلا يصدق ، وإن وصل (وصار) حكما هذا (كما إذا قال) البائع (بعتهك معييا وقال المشتري بعتهني سليما فالقول) هناك (للمشتري لما بينا) أن مطلق العقد يقتضى السلامة عن العيب ، فكذا هاتما ، فحاصل اختلافهما راجع إلى أن الدرهم الزيف

لا يصدق وإن وصل ، وعلى هذا إذا قال له على ألف درهم إلا أنها زيف بكلمة الاستثناء ، وعلى هذا إذا قال له على ألف درهم زيف من ثمن متاع . لهما أنه بيان مغير لأن اسم الدرهم إذا أطلق ينصرف إلى الجلياد لكنه يحتمل الزيف بحقيقته

(قال المصنف : وعلى هذا إذا قال له فصح (الح) أقول : قال في النهاية ومعراج النارية : فإن قيل : استثناء الوصف لا يصح بالإجماع فكيف صحما استثناء الزيف منها؟ قلنا : صحما ذلك من حيث المتضمن حيث المتضمن الزيف عيب ، فإن قوله على ألف من ثمن متاع إذا أنها زيف بمنزلة قوله إلا أنها نقد بله كذا ولقد ذك ذلك البلد زيف ، وهناك صح هذا الاستثناء موصولا بالإجماع وهذا في مناه فينبى أن يصح فصار ذلك نوعا

والتسوية ليست من الأثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا : وقوله إلا أنها وزن خمسة يصح استثناء لأنه مقدار بخلاف الجودة لأن استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار ،

هل هي داخلية في مطلق اسم الدراهم أم لا . فأبو حنيفة رجوع جانب العيب فيها فلم يدخلها تحت مطلق اسم الدراهم حتى كان دعوى الزيادة رجوعا عما أقر أولا بمطلق الدراهم وهما أدخلتا تحت مطلق اسم الدراهم على سبيل التوقف ، حتى كان دعوى الزيادة بعد ذكر اسم الدراهم بيان تغييرها في الشرط والاستثناء ، كذا في الأسرار وغيره (والتسوية ليست من الأثمان) أى ليست من جنس الأثمان (والبيع يرد على الثمن) فلم تكن التسوية من محتملات العقد (فكان) أى فكان قوله الآخر (رجوعا) عما أقر به أولا : أى فكان دعوى التسوية بتأويل الادعاء رجوعا من ذلك فلم يصح مفصولا ولا موصولا (وقوله إلا أنها وزن خمسة يصح استثناء) هذا جواب عما استشهد به . تقريره أن ذلك ليس بما نحن فيه لأنه يصح أن يكون استثناء (لأنه مقدار) واستثناء بعض المقدار صحيح لأن أول الكلام يتناول القدر فكان استثناء الملقوظ وهو صحيح بلا ريب (بخلاف الجودة) أى بخلاف ما إذا قال إلا أنها زيوف ، فإن في قوله إلا أنها زيوف استثناء للدراهم الجيدة عن الوجوب في اللزمة والجودة وصف فلا يصح استثناءها (لأن استثناء الوصف لا يجوز) لعدم تناول صدر الكلام إياه قصدا بل تبعا (كاستثناء البناء في الدار) على ما مر بيانه . قال في النهاية ومراجع النارية : فإن قيل : استثناء الوصف لا يصح بالإجماع فكيف صحح أبو يوسف وعلمد استثناء الزيادة من الدراهم ؟ قلنا : صحح ذلك من حيث المعنى ، والزيادة من حيث المعنى عين لا وصف ، فإن قوله لفلان على ألف من ثمن متاع إلا أنها زيوف صار بمنزلة قوله إلا أنها نقد بلد كذا ونقد ذلك البلد زيوف ، وهناك صح هذا البيان موصولا بالإجماع ، وهذا في معناه فينبغي أن يصح فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله في الحنفية إلا أنها رديئة ، إلى هذا أشار في الأسرار والفوائد الظهيرية انتهى . قال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن النهاية ومراجع النارية : وهاتنا بحث ، إذ حينئذ ينبغي أن يقلل

حتى لو يجوز به في الصرف والسلام كان استيفاء لا استبدالا ، والتسوية بمجازه لأنها تسمى دراهم مجازا فأمكن أن يتوقف صدر الكلام على صجره ، فإذا ذكرها آخرها كان بيان تغيير فيصح موصولا كالشرط والاستثناء وصار كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة . ولأبو حنيفة أن هذا رجوع لأن مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيادة عيب فلم يكن دخلا تحت العقد لكون دعواه بياناً بل يكون رجوعا عن بعض موجهه ، وصار كما إذا قال بعثك مميها وقال المشتري سلبا كان القول للمشتري لما بينا أن مطلق العقد يقتضي السلامة (والتسوية ليست من جنس الأثمان والبيع يرد على الثمن) فلم يكن من محتملات العقد (فكان) دعواها (رجوعا) قال (وقوله إلا أنها وزن خمسة) جواب عما استشهد به . ووجهه أنه ليس بما نحن فيه لأنه يصح أن يكون استثناء لأنه مقدار ، بخلاف الجودة فإنها وصف واستثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار . فإن قيل : قد يستثنى الوصف كما إذا قال له على كمر حطلة من ثمن عبد إلا أنها رديئة لأن الرادة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد . أجاب بقوله لأن الرادة نوع لا عيب . فإن قيل : فالجودة كذلك لما مر أنها ضدان فدعا لتحكم . أجيب بأن الرادة في الحنفية منوعة لا عيب وفي الدراهم عيب ، لأن العيب ما يخلو عنه أصل الخلقة السليمة ، والحنفية قد تكون رديئة في أصل الخلقة وإن كان نوعا لم يكن مقتضى مطلق العقد لأنه لا دلالة له على نوع دون نوع ولهذا لا يصح للشراء بالحنفية ما لم يتبين أنها جيدة أو وسط

للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله في الحنفية إلا أنها رديئة إليه أشار في الأسرار والفوائد الظهيرية انتهى . وفيه بحث ، إذ حينئذ ينبغي أن يقلل إذا فصل فاعلم (قال المصنف : بخلاف الجودة) أقول : أى بخلاف ما إذا قال إلا أنها زيوف ، فإن فيه استثناء للدراهم الجيدة عن الوجوب في اللزمة والجودة صفة ولا يصح استثناء الوصف ، كذا في شرح الكاشي ، وحينئذ كان المناسب في فصل الحنفية لأن الجودة بدل قوله لأن الرادة لكن المصنف تفنن فذكر فيه المستثنى الصوري . ثم اعلم أن في دعوى رداء الحنفية يصدق موصولا ومفصولا لأنه بيان تفسير للجميل وتام التفصيل يطلب في غاية البيان (قوله لا عيب بأن الرادة الخ) أقول : هذا ليس على إطلاقه كما سيجي في الصيغة التالية (قوله لم يكن مقتضى مطلق العقد) أقول : أى لم يكن ما مثاله : أي الجودة .

بخلاف ما إذا قال على سكر حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة لأن الرذاة نوع لا عيب ، فمطلق العقد لا يقتضى السلامة هنا .

إذا فصل فتأمل . أقول : بحثه ليس بشيء ، لأن هذا البيان وإن كان عندهما بيان نوع الدرهم إلا أنه بيان تغيير بناء على أن مطلق العقد يقتضى السلامة واجودة عرفا ، فكان استثناء نوع الزيف من الدرهم تغييرا لمقتضى العقد فكان بيان تغيير من هذا الوجه كما مر ، وبيان التغيير لا يصح إلا موصولا ، وإنما وقع ذلك الفاضل فى الغلط من قول صاحبه التباية ومعراج الدراية : فصار ذلك نوعا للدرهم لاوصفا بمنزلة قوله فى الحنطة إلا أنها رديئة ، فإن قوله إلا أنها رديئة يقبل ، وإن فصل كما صرحوا به إلا أن مرادها أن ذلك بمنزلة قوله فى الحنطة إلا أنها رديئة فى مجرد كونه نوعا لاوصفا لآلى الاتحاد فى جهة البيان ، وكيف وقد صرحوا بأن هذا بيان تغيير وذلك بيان تفسير . قال المصنف رحمه الله (بخلاف ما إذا قال على " كتر حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة ، لأن الرذاة نوع) أى متونة (لا عيب) لأن العيب ما يغلو عنه أصل القطرة والحنطة قد تكون رديئة فى أصل الخلقة فكانت الرديئة نوعا منها ولهذا قالوا : لو اشترى حنطة مشارا إليها فوجدها رديئة لم يكن له خيار الرد بالعيب (فمطلق العقد لا يقتضى السلامة هنا) أى عن الرذاة ، إذ ليس لمطلق العقد مقتضى فى نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة مالم يبين أنها جيدة أو وسطا ورديئة فليس فى بيانه تغيير موجب أول كلامه فصيح موصولا ومفصولا ، كذا فى المبسوط وغيره . وقال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : فإن قيل : قد يستثنى الوصف كما إذا قال له على " كتر حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة ، لأن الرذاة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد . أجاب بقوله لأن الرذاة نوع لا عيب . فإن قيل : فاجودة كذلك لما مر أنها صفتان دفعا للتحكم . أجيب بأن الرذاة فى الحنطة متونة لا عيب وفى الدرهم عيب انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن مفاد الجواب الثانى أن الرذاة فى الدرهم عيب وفى الحنطة ليست عيب لا أنها فى الدرهم وصف وفى الحنطة ليست بوصف ، فلا يندفع به أصل السؤال لأن حاصله نقض القول بأن استثناء الوصف لا يجوز بجواز استثناء وصف الرذاة فى الحنطة ، على أنه لا يندفع به السؤال الثانى أيضا لأن حاصله طلب الفرق بين رذاة الحنطة وجودة الدرهم . ومفاد الجواب عنه بيان الفرق بين رذاة الحنطة ورذاة الدرهم . ثم أقول : الباحث على شرحه المقام بالوجه المزبور هو أنه حسب أن قول المصنف رحمه الله : بخلاف ما إذا قال على " كتر حنطة الخ " متعلق بما ذكره فى قبله وهو قوله لأن استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء فى الدار فوقع فيها وقع ، ولكن لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن قوله المذكور متعلق بما ذكره فى أوائل دليل أبى حنيفة رحمه الله وهو قوله لأن مطلق العقد يقتضى السلامة عن العيب ، والزياغة عيب يرشد إليه قطعا قوله هاهنا فمطلق العقد لا يقتضى السلامة هنا بعد قوله لأن الرذاة نوع لا عيب . ثم أقول : وأما السؤال الذى ذكره الشارح المذكور بقوله : فإن قيل قد يستثنى الوصف كما إذا قال له على " كتر حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة ، فجوابه أن يقال : ليس هناك استثناء حقيقة ، وإنما قوله إلا أنها رديئة بيان وتفسير للحنطة فى قوله على " كتر حنطة فى صورة الاستثناء ، يرشد إليه أن صاحبه الكائن قال فى تقرير هذه المسئلة بخلاف ما لو قال له على " كتر من ثمن مبيع أو قرض ، ثم قال هو ردىء فالقول قوله فى ذلك وصل أم فصل ، لأن الرذاة ليست بعيب فى البر انتهى حيث يدل قوله إلا أنها رديئة بقوله هو ردىء بتبنيها على أنه ليس مطمئع النظر فى هذه المسئلة صبيحة الاستثناء بل إن الرذاة فى مثل البر ليست بعيب ، فظهر أن جعل قول المصنف لأن الرذاة نوع لا عيب جوابا عن السؤال المزبور من ضيق العطن ، فإن قلت : للسؤال المزبور جواب آخر أظهر مما ذكرته ، وهو أن قوله إلا أنها رديئة ليس لاستثناء الوصف وهو الرذاة بل لاستثناء العين وهو الحنطة الرديئة ، فالمراد استثناء نوع من الحنطة وهو صحيح بلا ريب فلم تترك هذا الجواب ؟ قلت : لأنه يتخض على أصل أبى حنيفة بما إذا قال إلا أنها زبوف فإنه لا يقبل عنه مع

أوردية فليس فى بيانه تغيير موجب أول كلامه فصيح موصولا كان أو مفصولا . وحس أبى حنيفة فى غير رواية الأصول فى القرض أنه يصدق فى الزيف إذا وصل ، لأن المستقرض إنما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض ،

(قوله فليس فى بيانه تغيير) أقول : بل فيه تفسير مجمل .

وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول في القرض أنه يصدق في الزيوف إذا وصل لأن القرض يوجب رد مثل المقبوض ، وقد يكون زيفاً كما في الفصب : ووجه الظاهر أن التعامل بالحياد فانصرف مطلقه إليها (ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق) بالإجماع لأن اسم الدرهم يتناولها (وقيل لا يصدق) لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود لتعنيها مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم

جريان أن يقال إنه ليس لاستثناء الوصف وهو الزيادة بل لاستثناء العین وهو الدرهم الزيوف ، ونحن الآن بصدد تنعيم قول أبي حنيفة فلا مجال للتثبت بذلك الجواب هاهنا فتدبر (وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول) المراد بالأصول الجامعان والزيادات والميسوط ، ويعبر عنها بظاهر الرواية ، وعن الأملی والنوادر والرقيات والمأرونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية (أنه يصدق في الزيوف إذا وصل) يعني في القرض ، كذا وقع في التباية . وقد وقع التصريح بهذا التقيد في بعض النسخ بأن قال : وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول في القرض أنه يصدق في الزيوف إذا وصل يعني إذا قال فلان على ألف درهم قرض هي زيوف يصدق عنده في غير رواية الأصول إذا وصل قوله هي زيوف بقوله ألف درهم قرض . أما إذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان هي زيوف لا يصدق باتفاق الروايات (لأن القرض يوجب مثل المقبوض) يعني أن المستقرض إنما يصير مضموناً على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض (وقد يكون) المقبوض في القرض (زيفاً كما في الفصب) فالواجب حينئذ الزيف لأن القرض يقتضي بالمثل كالفصب فيصدق فيه كما يصدق في الفصب . أقول : لقائل أن يقول : هذا التعليل يقتضي أن يصدق في الزيوف في القرض وصل أم فصل كما في الفصب على ما سألني مع أنه لا يصدق في صورة القرض إذا فصل باتفاق الروايات كما صرحوا به (ووجه الظاهر) أي وجه ظاهر الرواية (أن التعامل بالحياد) يعني أن المتعارف في التعامل هو الحياد والمطلق ينصرف إلى المتعارف (فانصرف مطلقه) أي مطلق القرض (إليها) أي إلى الحياد فيجب عليه الحياد وبعد ذلك لا تقبل دعوى الزيادة لأنها رجوع عما أقر به (ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض) أي لو أرسل ولم يبين الجهة وادعى أنها زيوف (قيل يصدق بالإجماع) يعني إذا وصل (لأن اسم الدرهم يتناولها) أي يتناول الزيوف ولم يذكر ما يصرفها إلى الحياد (وقيل لا يصدق) قائل هذا هو الكرخي كما صرح به الإمام قاضيان في شرح الجامع الصغير : أي لا يصدق عند أبي حنيفة وصل أم فصل ، وأما عندهما فيصدق إذا وصل ولا يصدق إذا فصل ، فحاصل المعنى : وقيل هو على الاختلاف السابق أيضاً كما صرحوا به (لأن مطلق الإقرار) بالدين (ينصرف إلى العقود) أي إلى الإلزام بسبب العقود (لتعنيها مشروعة) أي لكونها هي المشروعة (لا إلى الاستهلاك المحرم) أي لا ينصرف إلى الإلزام بسبب الاستهلاك المحرم ، إذ لا يجوز حل أمر المسلم على الحرام ما أمكن ، فصار هذا وما بين سبب التجارة سواء . قال في الفتاوى الصغرى : ولو أرسل ولم يبين الجهة ثم قال هي زيوف قال الفقيه أبو جعفر : لم يذكر هذا في الأصول . فمن المشايخ من قال هو على هذا الاختلاف .

والقبوض قد يكون زيفاً كما في الفصب . وجه الظاهر أن التعامل بالحياد والحياد هي المتعارفة والمطلق ينصرف إلى المتعارف . والمراد بالأصول الجامعان والزيادات والميسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية ، وعن الأملی والنوادر والرقيات والمأرونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية (ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يبين الجهة) قال الفقيه أبو جعفر : لم يذكر هذا في الأصول ، فمن المشايخ من قال يصدق بالإجماع إذا وصل لأن اسم الدرهم يتناولها (ولم يذكر ما يصرفها إلى الحياد . وقال الكرخي : هو على الاختلاف (وقيل لا يصدق) عنده مطلقاً لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود لتعنيها مشروعة ، لا إلى

(قال المصنف : وقيل : إلى قوله : ينصرف إلى العقود الخ) أقول : أي عند أبي حنيفة وصل أم فصل ، وعندهما يصدق إذا وصل لأنه بيان تمير ، ثم أقول : يقفه أن يكون القول الأول لمحمد والثاني لأبي يوسف كما مر في مسئلة إتمام الإقرار للحمل في البرق السابق .

(ولو قال اغتصبت منه ألفا أوقال أودعني ثم قال هي زيوف أو نهرجة صدق وصل أم فصل) لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وإن فصل .

ومهم من قال هاهنا يصدق لإجماعا لأن الجردة تجب على بعض الوجوه دون البعض فلا تجب مع الاحتمال انتهى (ولو قال اغتصبت منه ألفا أوقال أودعني) أى أودعني ألفا (ثم قال هي زيوف أو نهرجة صدق وصل أم فصل) هذه من مسائل الجامع الصغير ، قال المصنف في تعليلها (لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له) أى لو ائتمن من الغصب والإيداع (ولا تعامل) بخلاف البيع فإن عقد البيع يقتضيها في الجياد : أى ولا تعامل في غصب الجياد ولا في إيداعها ، بخلاف القرض فإن التعامل فيه بالجياد فلا يكون قوله هي زيوف بعد الإقرار بغصب الألف أو إيداعها تغييرا لأول كلامه (فيكون بيان النوع فيصح وإن فصل) قال صاحب العناية : وفيه نظر ، لأنه قد تقدم في قول أبي حنيفة إن الزيادة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل أصلا ، فلا أقل من أن يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مضمولا انتهى . أقول : هذا النظر في غاية السقوط ، لأنه إنما يلزم من كون الزيادة عيبا في الدراهم كون ذكر الزيوف رجوعا أو بيانا مغيرا إن لم يتناول أول كلام المقرر المعيوب وغير المعيوب على سواء ، بل كان مخصوصا بغير المعيوب وهو الجياد ، إما من جهة تحقق المقتضى كما في البيع أو التعامل كما في القرض . وإذا قد تبين في التعليل المذكور عدم تحقق مقتضى الجياد ولا التعامل بها في الغصب والإيداع تعين تناول أول كلام المقرر الجياد والزيوف على سواء فلم يكن ذكر الزيوف في آخر كلامه رجوعا عما أقر به أصلا ولا بيانا مغيرا في شيء بل كان بيان النوع قطعا . وقال صاحب العناية : ويمكن أن يجاب عنه بأننا قد ذكرنا أنها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون متوعا ليس إلا كما في الخلقة وقد لا يكون ، وحينئذ يجوز أن يكون متوعا وعيبا ، والضابط في ذلك أن ينظر في الجهة الموجبة لها ، فإن اقتضت السلامة كانت الزيادة عيبا وإلا كانت نوعا ، وذلك لأنها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن أن تكون الزيادة نوعا منها لتباينها لكنها تنافيا تنافي التضاد فكانت عيبا ، لأن ضد السلامة عيب ، وإذا لم تقتضها كانت نوعا نوعين لاحتقال إحتمالها لاحتقال المجلس الأنواع هذا ، انتهى كلامه . أقول : هذا كلام عقال عن التحصيل ، أما أولا فلأن الزيادة في الدراهم مما لا يكون الموصوف بها متصفا بها من حيث الخلقة أصلا إذ هي أمر عارض للدراهم تخلو عنها الدراهم في أصل خلقها ، وإنما التي قد يكون الموصوف بها متصفا بها من حيث الخلقة هي الرذالة في الخلقة كما مر وهي بمنزلة عما نحن فيه فلا معنى لخلط ذلك هاهنا . وأما ثانيا فلأن ما ذكره في الضابط من أن الجهة الموجبة للدراهم إن اقتضت السلامة كانت الزيادة عيبا ، وإلا كانت نوعا ليس بمقول المعنى ، لأن كون الزيادة في الدراهم عيبا أمر مقرر غير

الاستهلاك المحرم فصار هذا وما بين سببه تجارة سواء (ولو قال اغتصبت منه ألفا أوقال أودعني ألفا ثم قال هي زيوف أو نهرجة صدق لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل) في غصب الجياد ولا في إيداعها بخلاف الاستقراض فإن التعامل فيه بالجياد كما مر (فيكون بيان النوع فيصح وإن كان مضمولا) وفيه نظر لأنه قد تقدم في قول أبي حنيفة أن الزيادة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل أصلا فلا أقل من أن يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مضمولا . ويمكن أن يجاب عنه أنه قد ذكرنا أنها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون متوعا ليس إلا كما في الخلقة ، وقد لا يكون ، وحينئذ يجوز أن يكون متوعا وعيبا . والضابط في ذلك أن ينظر في الجهة الموجبة لها فإن اقتضت السلامة كانت الزيادة عيبا وإلا كانت نوعا ، وذلك لأنها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن أن تكون الزيادة نوعا منها لتباينها ، لكنها تنافيا تنافي التضاد فكانت عيبا ، لأن ضد السلامة عيب . وإذا لم تقتضها كانت نوعين لاحتقالها لاحتقال

(قوله في الجهة الموجبة لها) أقول : أى للموصوف ، وأنت الفسيفساق يتأويل كون ذلك الموصوف دراهم وما شبهها (قوله وإلا كانت نوعا) أقول : أى متوعا (قوله لما اقتضتها تقيدت بها) أقول : يعنى لما اقتضت السلامة تقيدت بالسلامة (قوله فلا يمكن أن تكون الزيادة نوعا منها) أقول : فيه شيء إلا أن يراد بالفسيفساق الرابع إليها السليمة على طريق الاستخدام .

ولهذا لوجاء راد المصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله . وعن أبي يوسف أنه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض إذ القبض فيها هو الموجب للضمان . ولو قال هي ستوقه أو رصاص بعد ما أثر بالنصب والوديعة ووصل صدق ، وإن فصل لم يصدق لأن الستوقه ليست من جنس الدرهم لكن الاسم يتناولها عجزا فكان بياننا مغيرا فلا بد من الوصل (وإن قال في هذا كله ألفا ثم قال إلا أنه ينقص كذا لم يصدق وإن وصل صدق)

تابع لانتضاء الجهة الموجبة لها السلامة ، وإثما تأثير انتضاءها السلامة عند أبي حنيفة في إخراج الدرهم الموصوفه بذلك العيب عن مطلق اسم الدرهم المذكورة في تلك الجهة لافي جعلها معيبة ، وكذلك في كون الزيادة نوعا : أي متوعة ليس يتابع لعدم انتضاء الجهة السلامة ، بل الزيادة كالجودة متوعة على كل حال ، فإن الجهاد والزيوف نوعان من مطلق الدرهم قطعاً سواء اقتضت الجهة السلامة أم لا ، وأما ثالثاً فلأنه إن أراد بقوله وإذا لم تقتضها كانتا نوعين لمطلق الدرهم أنهما حيثئذ كانتا نوعين لمطلق الدرهم ولم تكن الزيادة حياء فهو ممنوع ، بل الزيادة حيب على كل حال ، وكونها نوعاً لا يتأني كونها عيباً ، فإن كون بعض الأنواع معيوباً بالنسبة إلى بعض الآخر ليس بعزيز ، وإنما لا تكون عيباً لو كانت في أصل خلقة الدرهم وليست كذلك . وإن أراد بذلك أنهما حيثئذ كانتا نوعين لمطلق الدرهم ، وإن كانت الزيادة حياء أيضاً فلا يحصل الجواب عن النظر المذكور بما ذكره أصلاً كما لا يخفى على الفطن . قال المصنف (ولهذا) أي ولأجل أن لا مقتضى له في الجهاد ولا تعامل (لوجاء راد المصوب) وهو الغاصب (والوديعة) أي راد الوديعة وهو المودع (بالمعيب) متعلق بمجاه : أي لوجاء رادها بالمعيب (كان القول له) أي للراد فإن الاختلاف متى وقع في صفة القبول كان القول للقباض ضميماً كان أو أميناً (وعن أبي يوسف أنه لا يصدق فيه) أي في النصب لافي الوديعة كما صرحوا به (مفصولا) أي إذا ادعى الزيادة مفصولا (اعتباراً بالقرض) أي قياساً عليه (إذ القبض فيها) أي في النصب والقرض (هو الموجب للضمان) يعني أن الجامع بينهما كون الموجب للضمان هو القبض ، وجوابه يفهم مما تقرر تدبر (ولو قال هي ستوقه أو رصاص بعد ما أثر بالنصب والوديعة ووصل صدق وإن فصل لم يصدق) هذه المسئلة بما ذكره في شروح الجامع الصغير تفريعا على المسئلة المارة . قال الإمام علاء الدين الإسيجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد : وإن قال هي ستوقه أو رصاص صدق وإن وصل ولم يصدق إذا فصل : يعني في النصب والوديعة وذلك لأنها ليست من جنس الدرهم حقيقة وإن كانت من جنسها صورة ، فصار إرادتها باسم الدرهم كإرادة الخبز باسم الحقيقة ، وإذا بين أنه أراد باللفظ الجهاز موصولا قبل وإلا فلا انتهى . وعمل المصنف هذه المسئلة بما علل به الإمام الإسيجاني فقال (لأن الستوقه ليست من جنس الدرهم) أي ليست من جنسها حقيقة ولهذا لا يجوز التجوز بها في باب الصرف والسلام (لكن الاسم) أي اسم الدرهم (يتناولها) أي يتناول الستوقه (عجزاً) للمشابهة بين الستوقه والدرهم من حيث الصورة (فكان بياننا مغيراً) لما انتضاء أول كلامه ، لأن أول كلامه يتناول الدرهم صورة وحقيقة ، وبآخر كلامه بين أن مراده الدرهم صورة لا حقيقة (فلا بد من الوصل) لأن بيان التفسير يصبح موصولاً لا مفصولاً ، بخلاف ما سبق لأن الزيوف والنهيرة دراهم صورة وحقيقة فليس في بيانه تغيير لأول كلامه فصح موصولاً ومفصولاً (وإن قال في هذا كله) أي فيها ذكر من البيع والقرض والغصب والإبداع (القائم قال إلا أنه ينقص كذا لم يصدق ، وإن وصل صدق) هذه من مسائل الجامع الصغير . قال المصنف

إيماهما احتمال الجنس الأنواع هذا ، والله أعلم بالصواب (قوله ولهذا) أي ولأجل أن لا مقتضى له في الجهاد لوجاء راد المصوب والوديعة بالمعيب كان القول له ، فإن الاختلاف متى وقع في صفة القبول فالقول للقباض ضميماً كان أو أميناً . وعن أبي يوسف أنه لا يصدق فيه مفصولاً اعتباراً بالقرض ، إذ الموجب للضمان فيها هو القبض وهو موجود فيما . ولو أثر بالنصب والوديعة ثم قال هي ستوقه أو رصاص موصولاً صدق ، لأن ستوقه ليست من جنس الدرهم كما مر ، لكن كلامه يحتمله عجزاً فكان بياننا مغيراً فلا بد من الوصل (ولو قال في هذا كله) يعني المذكور من البيع والقرض والغصب (ألفاً إلا أنه ينقص كذا فإن وصل صدق

لأن هذا استثناء المقدار والاستثناء يصحح موصولا . بخلاف الزيادة لأنها وصف واستثناء الأوصاف لا يصحح ، واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ، ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو وأصل لعدم إمكان الاحتراز عنه (ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب مريب فالحال له) لأن الغصب لا يختص بالسلم (ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم . وديعة فهلكت فقال لا بل أخذتها غصبا فهو ضامن ، وإن قال أعطيتها وديعة فقال لا بل غصبتها لم يضمن) والفرق أن في الفصل الأول أقر بسبب الضمان وهو الأخذ ثم ادعى ما يبرره وهو الإذن والآخر

في تعليلها (لأن هذا استثناء المقدار أى استثناء لبعض ما أقر به من المقدار (والاستثناء يصحح موصولا) لا موصولا فيصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى (بخلاف الزيادة لأنه وصف) أى لأن الزيادة وصف ذكر الضمير باعتبار الوصف (واللفظ يتناول المقدار دون الوصف ، وهو أى الاستثناء (نصرف لفظي كما بينا) فيما مر فيصيح في متناول اللفظ دون غيره (ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام) أى لضرورة انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس أو أخذ السعال أو ما أشبه ذلك (فهو وأصل) أى هو في حكم الواضح حتى يصبح استثناءه (لعدم إمكان الاحتراز عنه) لأن الإنسان قد يحتاج إلى أن يتكلم بكلام كثير . ويذكر الاستثناء في آخره ، ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا . قال فخر الدين قاضيه خان في شرح الجامع الصغير : ولو فصل بينهما يفصل بطريق الضرورة بأن انقطع عنه الكلام ثم وصل ، فمن أبى يوسف أنه يصح استثناءه وعليه الفتوى ، لأن الإنسان يحتاج إلى أن يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء . ولا يقدر أن يتكلم به بنفس واحد فجعل ذلك عفوا ، انتهى كلامه . وقال الكاكي في معراج الدراية : وبه قال الأئمة الثلاثة : يعنى مالكا والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى (ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب مريب فالحال له) هذا لفظ القدوري في مختصره . قال المصنف في تعليقه (لأن الغصب لا يختص بالسلم) فإن الإنسان يغصب ما يجد من الصحيح والمحب والجيد والزييف فكان القول قوله فيما غصب سواء وصل أم فصل (ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم . وديعة فهلكت فقال لا بل أخذتها غصبا فهو) أى المقر (ضامن) يعنى كان القول في هذه المسئلة قول المقر له مع يمينه فالمقر ضامن إلا أن يتكلم المقر له عن العين (وإن قال أعطيتها وديعة فقال) أى المقر له (لا بل غصبتها لم يضمن) أى لم يضمن المقر في هذه المسئلة بل كان القول قوله مع يمينه ، وهاتان المسائلتان من مسائل الجامع الصغير . قال المصنف (والفرق) بينهما (أن في الفصل الأول) وهو قوله أخذت منك ألف درهم وديعة (أقر بسبب الضمان وهو الأخذ) لقوله صلى الله عليه وسلم : « من أيد ما أخذت حتى ترد » وهذا يتناول رد العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائما مقام الأصل (ثم ادعى) أى ثم ادعى المقر بقوله وديعة (ما يبرره) عن الضمان (وهو الإذن) بالأخذ (والآخر) وهو المقر

لأنه استثناء مقداري . وقد تقدم بيانه (ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو وأصل) لأن الإنسان قد يحتاج إلى التكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره ، ولا يمكن أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا لعدم الاحتراز عنه (ومن أقر بغصب ثوب) هذه تقدم وجهها أن الغصب لا يختص بالسلم (قوله) ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم (المقر إما أن يتكلم بما يدين على فعل نفسه كقوله أخذت وشبهه ، أو هل فعل غيره كأعطيت ، فإن كان الأول وأتى بما لا يرجب الضمان نحو أن يقول أخذت وديعة فإن صدقه المقر له فذلك ، وإن كذبه فإن ادعى ما يدل على الإذن بالأخذ كالقرض فالقول للمقر نعم يمينه ، وإن ادعى غيره ضمن المقر لأتبعهما في الأولى توافقا على أن الأخذ كان بالإذن والمقر له يدعى سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره ، فكان القول قوله بخلاف الثانية . وإن كان الثاني نحو أن يقول أعطيتي وديعة وادعى الآخر غصبا لم يضمن ، والفرق أنه في الأول أقر بسبب الضمان وادعى ما يبرره وأنكره الخصم فكان القول قوله ، وفي الثاني ادعى الخصم

(قال المصنف : بخلاف الزيادة لأنه وصف الخ) أقول : في بعض ما ذكره وهو البيع والقرض ، وإنما قلنا ذلك لما سبق ألفا من أنه في الغصب والوديعة بيان النوع فينبغي أن يصحح الاستثناء فتأمل .

ينكره فيكون القول له مع الميمن . وفي الثاني أضاف الفعل إلى غيره وذلك يدعى عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع الميمن والقبض في هذا كالأخذ والدفع كالإعطاء ، فإن قال قائل : إعطاؤه والدفع إليه لا يكون إلا قبضه ، فنقول : قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ، ولو اقتضى ذلك فالمتقضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان ، وهذا بخلاف ما إذا قال أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضاً حيث يكون القول للمقر وإن أقر بالأخذ لأنهما توافقا هناك على أن الأخذ كان بالإذن إلا أن المقر له يدعى سبب الضمان وهو القرض والآخر منكر

له . ينكره) أى ينكر الإذن (فيكون القول له مع الميمن) هذا ما قالوا . أقول : فيه بحث ، لأنهم إن أرادوا أن الأخذ مطلقاً سبب الضمان فهو ممنوع ، بل الأخذ إذا كان بإذن المالك كأخذ الوديعة بإذن المودع فليس بسبب الضمان قطعاً لقوله صلى الله عليه وسلم : ليس على المستعير غير المثل ضمان ، ولا على المستودع غير المثل ضمان ، كما استدلوا به في كتاب الوديعة . على أن الوديعة أمانة في يد المودع إذا هلك لم يضمن ، فيكون ما أخلته اليد بهذا الطريق مخصوصاً عن قوله عليه الصلاة والسلام : على اليد ما أخذت حتى ترده وإن أرادوا أن الأخذ بغير إذن المالك سبب الضمان فهو مسلم ، ولكن لانسلم أن في الفصل الأول أقر بالأخذ بغير الإذن ، بل أقر بالأخذ المقيّد بكونه وديعة وهو الأخذ بالإذن فتأمل في الجواب . قال في الكفاية : فإن قيل : ينبغي أن يصدق المقر ويحمل قوله وديعة بيان تغيير كما لو قال فلان حلّي ألف وديعة . قلنا : صدر الكلام هنا موجه الغصب فلا يحتمل الوديعة ، فقوله وديعة يكون دحوى مبتدأة لا بيان ما احتمله صدر الكلام . وأما قوله فلان حلّي ألف فيحصل الوديعة : يعنى على حفظه ، فيكون قوله وديعة بيان تغيير فيصدق موصلاً انتهى . أقول : في الجواب بحث ، إذ لانسلم أن صدر الكلام هنا موجه الغصب ، كيف وسيجيء في كتاب الغصب أن الغصب في اللغة : أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب ؟ وفي الشريعة : أخذ مال موقوف محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده ، ولا ريب أن صدر الكلام هاهنا وهو قوله أخذت منك ألف درهم أهم من كل واحد من معني الغصب . ومن المقرر أن العام لا يدل على الخاص بإحدى الدلالات الثلاث ، فأتى بكون موجه الغصب ، وكان صاحب مراجع النراية تبه لما قلنا حيث قال بعد ذكر ما في الكفاية من السؤال والجواب . هكذا قيل وفيه نوع تأمل (وفي الثاني) أى وفي الفصل الثاني وهو قوله أعطيتها وديعة (أضاف الفعل إلى غيره) وهو المقر له فلم يكن مقراً بسبب الضمان (وذلك) أى ذلك الغير (يدعى عليه) أى على المقر (سبب الضمان وهو الغصب) والمقر ينكره (فكان القول لمنكره مع الميمن) قال المصنف (والقبض في هذا) أى في الحكم المذكور (كأخذ) يعنى لو قال المقر قبضت منك ألف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتها كان ضماناً ، كما لو قال أخذت منك ألف درهم وديعة (والدفع كالإعطاء) يعنى لو قال المقر دفعت لى ألف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتها لم يضمن كما لو قال أعطيتها (فإن قال قائل الإعطاء والدفع إليه) أى إلى المقر (لا يكون إلا قبضه) فكان الإقرار بالإعطاء والدفع إقرار بالقبض ، وإذا أقر بالقبض يضمن فينبغي أن يضمن إذا أقر بالإعطاء والدفع أيضاً (فنقول) في الجواب : لانسلم أن الإعطاء والدفع إليه لا يكون إلا قبضه بل (قد يكون) كل واحد من الإعطاء والدفع (بالتخلية والوضع بين يديه) بدون قبضه فلم يقتض الإقرار بهما الإقرار بالقبض (ولو اقتضى ذلك) أى ولئن سلمنا أنه اقتضى ذلك (فالمتقضى ثابت ضرورة) والثابت بالضرورة يثبت بأدنى ما يتدفع به الضرورة (فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان) لعدم الحاجة إليه . قال المصنف (وهذا) أى وهذا الذى قلنا من ضمان المقر بالأخذ وديعة إذا قال المقر له أخذتها غصباً (بخلاف ما) أى ملبس ، بخلاف ما (إذا قال) أى المقر أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضاً حيث يكون القول للمقر وإن أقر بالأخذ لأنهما توافقا هناك على أن الأخذ كان بالإذن (لأن الأخذ بالقرض لا يكون إلا بالإذن كأخذ بالوديعة (إلا أن المقر له يدعى سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر) ذلك

سبب الضمان وهو الغصب وهو منكر فالقول قوله : فإن قيل : الإعطاء والدفع لا يكون إلا قبضه . قلنا : ممنوع قد يكون

فأفترقا (وإن قال هذه الألف كانت ودعية لى عند فلان فأخذتها فقال فلان هى لى فإنه يأخذها) لأنه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه . وهو ينكر والقول للمنكر (ولو قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردّها ، أو قال آجرت ثوبى هذا فلانا فلبسه وردّه وقال فلان كذبت وهما لى فالقول قوله) وهذا عند أبى حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد : القول قول الذى أخذ منه الدابة والثوب) . وهو القياس وعلى هذا الخلاف الإعارة والإسكان . ولو قال خاط فلان ثوبى هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبى فهو على هذا الخلاف فى الصحيح (وجه القياس ما بيناه فى الودعية .

فكان القول للمنكر (فأفترقا) أى فافترقا ما إذا قال المقر له أخذتها غصبا وما إذا قال أخذتها قرضا . أقول : هاهنا نظر ، لأن الذى يذم به المقر إنما هو ما يبرئه من الضمان كما صرح به فى المسئلة الأولى ، وليس ذلك هو الإذن المطلق ، فإن كثيرا مما يحصل بالإذن كالبيع والقرض ونظائرها أسباب موجبة للضمان فلا يتصور أن تكون مبرئة من الضمان ، بل إنما ذلك هو الإذن الخصوص الحاصل فى ضمن الودعية ، ولا شك أن المقر له لا يوافق على الأخذ بهذا الإذن الخصوص ، ولما ادعى عليه سبب الضمان وهو القرض . وأما توافقهما على مطلق الإذن فلا يمدى نفعا فى الفرق لأن ادعاء المقر ما يبرئه من الضمان وهو الإذن الخصوص الحاصل فى ضمن الودعية وإنكار المقر له إياه بقوله لا باقيا بينهما فم إذا قال المقر له بل أخذتها قرضا غاية الأمر أن المقر له أيضا يدعى سبب الضمان وهو القرض والمقر ينكره . وإذا تعارض دعواهما وإنكارها بقر إقرار المقر أولا بسبب الضمان وهو الأخذ سالما عن الدافع كما فيها إذا قال المقر له بل أخذتها غصبا فلم يفرقا افتراضا يوجب اختلاف الحكم تأمل جدا (وإن قال هذه الألف كانت لى ودعية عند فلان فأخذتها) منه (فقال فلان هى لى فإنه) أى فإن فلانا (يأخذها) هذه من مسائل الجامع الصغير . قال المصنف فى تعليها (لأنه) أى لأن المقر (أقر باليد له) أى فلان . وفى الكافي : وأقر بالأخذ منه والسبيل فى الأخذ الرد على المخاذ منه (وادعى استحقاقها عليه) أى ادعى استحقاله الألف على فلان بقوله كانت لى ودعية عند فلان (وهو ينكر والقول للمنكر) مع يمينه (ولو قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردّها) على (أو قال آجرت ثوبى هذا فلانا فلبسه وردّه) على (وقال فلان كذبت) بل الدابة والثوب لى (فالقول له) أى للمقر (وهذا) أى كون القول قول المقر (عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : القول قول الذى أخذ منه الدابة والثوب) وقول أبى حنيفة هاهنا استحسان وقولهما قياس ، كما قالوا فى شروح الجامع الصغير وإليه أشار المصنف بقوله (وهو القياس) أى قول أبى يوسف ومحمد هو القياس ، فيفهم منه أن قول أبى حنيفة هو الاستحسان ولهذا قال فيما بعد : وجه القياس وجه الاستحسان ، ثم إن هذا كله إذا لم تكن الدابة أو الثوب معروفا للمقر . أما إذا كان معروفا له كان القول للمقر فى قولهم جميعا ، لأن الملك فيه إذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره سببا للاستحقاق عليه ، كذا فى المبسوط والإيضاح وذكر فى الفروع (وعلى هذا الخلاف) أى على الخلاف المذكور آنفا (الإعارة والإسكان) بأن قال أعتد دابتي هذه فلانا فركبها ثم ردّها على ، أو أعتد ثوبى هذا فلانا فلبسه ثم ردّه على ، وبأن قال أسكنت دارى هذه فلانا ثم أخرجته منها فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب والدار لى (ولو قال خاط فلان ثوبى هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبى فهو على هذا الخلاف فى الصحيح) احتراز به عن قول بعضهم إن القول فى هذا قول المقر بالإجماع فيكون ذلك دليلا لأبى حنيفة ، ولكن ذلك ليس بثابت فى الأصول ، بل قال عامة المشايخ هو على هذا الخلاف أيضا قال المصنف (وجه القياس ما بيناه فى الودعية) أراد به قوله لأنه أقر باليد له وادعى

بالتخلى . سلمناه لكنه ضرورى فلا يظهر فى انعاده سببا للضمان ، وكلامه ظاهر (قوله القول قول الذى أخذ منه الدابة والثوب) يعنى إذا لم يكن ذلك معروفا للمقر ، أما إذا كان معروفا كان القول للمقر فى قولهم جميعا ، لأن الملك فيه إذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره سبب الاستحقاق عليه . وقوله (فى الصحيح) احتراز عن قول بعضهم إن القول هاهنا قول المقر بالإجماع فيكون ذلك دليلا لأبى حنيفة . وقوله (وجه القياس ما بيناه فى الودعية) أراد به قوله لأنه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه

وجه الاستحسان وهو الفرق أن اليد في الإجارة والإعارة ضرورية. تثبت ضرورة استيفاء المقود عليه وهو المنافع فيكون علما فيها وراء الضرورة فلا يكون إقرارا له باليد مطلقا، بخلاف الوديعة لأن اليد فيها مقصورة والإيداع لإثبات اليد قصدا فيكون الإقرار به اعترافا باليد للمودع . ووجه آخر أن في الإجارة والإعارة والإسكان أقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته، ولا كذلك في مسألة الوديعة لأنه قال فيها كانت وديعة ، وقد تكون من غير صنعه ، حتى لو قال أودعها

استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر (وجه الاستحسان وهو الفرق) بين مسألة الوديعة وبين هذه المسائل (أن اليد في الإجارة والإعارة ضرورية) يعنى أن اليد فيهما ليست بمقصودة بل هي ضرورية (تثبت ضرورة استيفاء المقود عليه وهو المنافع فتكون علما) أى فتكون اليد معلومة (فيها وراء الضرورة) فلا تظهر في حق الاستحقاق على المقر لأن ما ثبتت بالضرورة يقتصر على قدر الضرورة (فلا يكون أى فلا يكون الإقرار بالإجارة والإعارة (إقرارا له) أى للمقر (باليد مطلقا) أى من كل وجه بل يكون إقرارا له باليد لأجل استيفاء المقود عليه فقط فلا يكون مقرا بالملك لغيره ثم مدعيا لنفسه (بخلاف الوديعة لأن اليد فيها مقصورة) فإن المقصود منها هو الحفظ والحفظ لا يكون بدون اليد (والإيداع إثبات اليد قصدا فيكون الإقرار به) أى بالإيداع (اعترافا باليد للمودع) أقول : لقائل أن يقول : إن أريد أن الإقرار بالإيداع يكون اعترافا باليد للمودع مطلقا أى من كل وجه كما صرح به في الكافي حيث قال : فكان الإقرار بالوديعة إقرارا باليد للمقر له مطلقا فهو ممنوع ، إذ الإيداع إثبات يد المحافظة دون إثبات يد الملك فكيف يكون الإقرار بالإيداع إقرارا باليد مطلقا للمودع ، وإن أريد أن الإقرار به يكون اعترافا بيد المحافظة للمودع فهو مسلم ولكن لا يمت به التقريب كما لا يخفى (ووجه آخر) للاستحسان وهو الفرق (أن في الإجارة والإعارة والإسكان أقر بيد ثابتة من جهته) أى من جهة المقر (فيكون القول قوله في كيفيته) أى في كيفية ثبوت اليد له بأى طريق كان كما لو كان في يده عبد وقال هذا عبدى يمته من فلان ولم أسلمه إليه بعد فقال المقر له لا بل كان عبدى لم أشره منك كان القول قول المقر دون المقر له لهذا المعنى ، كذا في النهاية ومراجع الدراية . وكما لو قال ملكت عبدى هذا فلانا بألف درهم إلا أنى لم أبض الثمن فلى حق الحبس كان القول له وإن زعم الآخر خلافه ، كذا في العناية وشرح تاج الشريعة أخذا من الأسرار (ولا كذلك في مسألة الوديعة ، لأنه) أى لأن المقر (قال فيها كانت وديعة ، وقد تكون) أى الوديعة (من غير صنعه) كالقطة فلانها وديعة في يد الملتقط وإن لم يدفعها إليه صاحبها ، وكذا الثوب إذا هبت الريح فآلفته في دار إنسان فإنه يكون وديعة عند صاحب الدار ، وإن لم يدفعها إليه صاحبه ، كذا في عامة الشروح . أقول : هنا كلام . أما أولا : فلأن ظاهر قول المصنف وقد يكون من غير صنعه يناق ما ذكره في الوجه الأول من أن الإيداع إثبات اليد قصدا ، لأن إثبات اليد قصدا يقتضى الصنع . فإن قلت : مراده أنها قد تكون من غير صنع المقر لامن غير صنع المودع وكون الإيداع إثبات اليد قصدا إنما يقتضى صنع المودع فلا منافاة . قلت : فحينئذ يلزم أن لا يصح المآلان المزبوران اللذان ذكرهما جمهور الشراح ، وذكر الثانى صاحب الكافي أيضا ، إذ لا يصح لأحد في ثبوت يد الملتقط في القطة وفي ثبوت يد صاحب الدار في الثوب الذى آلفته الريح في داره . وأما ثانيا فلأن تحميل جمهور الشراح الوديعة هاهنا بالمثالين المزبورين يناق ما صرحوا به في أول كتاب الوديعة من أن الوديعة هي التسليم على الحفظ ، وذلك إنما يكون بالمقد والقصد ، والأمانة أهمهم ذلك ، فلانها قد تكون بغير عقد وقصد كما إذا هبت الريح في ثوب إنسان فآلفته في بيت غيره ، ووجه المناقاة ظاهر (حتى لو قال) أى المقر (أودعها

وهو ينكر والقول للمنكر . وقوله (فيكون القول قوله في كيفيته) أى في كيفية ثبوت اليد بأى طريق كان ، كما لو قال ملكت عبدى لك بألف درهم إلا أنى لم أبض الثمن فلى حق الحبس كان القول قوله وإن زعم الآخر خلافه . وقوله (وقد يكون من غير صنعه) كالقطة فلانها وديعة في يد الملتقط وإن لم يدفع إليه صاحبها ، وكذا إذا هبت الريح فآلفته ثوبا في دار إنسان .

(قال المصنف : والإيداع إثبات اليد) أقول : قال الإثنائى : يعنى ثبوت الملك انتهى . والأظهر أن يقال : يعنى في حق الحكم باليد للمقر له

كان على هذا الخلاف ، وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعلمه في الطرف الآخر وهو الإجارة وأختها . لأنه ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الإقرار أيضا ، وهذا بخلاف ما إذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله لأن الدين تقضى بأمثالها ، وذلك إنما

كان جواب هذه المسئلة أيضا (على هذا الخلاف) المذكور في مسائل الإجارة والإعارة والإسكان . أقول : بين هاهنا شيء ، وهو أن الفرق المذكور إنما يتضح لو كانت صورة مسئلة الوديعة ما لو قال هذه الألف كانت وديعة عند فلان بدون ذكر لفظة لي . وأما على ما ذكرت في الكتاب من قوله فإن قال هذه الألف كانت لي وديعة عند فلان فيشكل ذلك ، إذ الظاهر أن لفظة لي تفيد ثبوت اليد من جهته فيقول معنى قوله المذكور إلى معنى قوله أودعها عند فلان (وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعدمه) أي عدم ذكر الأخذ (في الطرف الآخر وهو الإجارة وأختها) أي الإعارة والإسكان . قال في غاية البيان : إنما ذكر الضمير الراجع إلى الإجارة على تأويل العقد . قلت : وإنما قال وأختها ولم يقل وأخوها مع أن أحدهما وهو الإسكان كان مذكرا ، وفي مثل ذلك يغلب المذكر على المؤنث ولا يعكس ، أما على تأويلهما بالصورتين أو بالمستلثين ومراد المصنف هاهنا الرد على الإمام القمي فيها ذكر من الفرق فإنه قال : إنما وجب الرد في مسئلة الوديعة لأنه قال فيها أخذتها منه فيجب جزؤه وجزاء الأخذ الرد . وقال في الإجارة وأختها : فردها على فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع . وقالوا في شروح الجامع الصغير : هذا الفرق ليس بشيء ، لأن محمدا ذكر في كتاب الإقرار لفظ الأخذ في الإجارة وأختها أيضا ، وإليه أشار بقوله (لأنه ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الإقرار أيضا) بين وجه آخر للفرق ذكره الإمام قاضيهان في شرح الجامع الصغير ، ونقل عنه في النهاية ومراجعية الدراية ، وهو أن في الإجارة والإعارة لو أخذنا المؤجر والمجير بإقرارهما امتنع الناس عن الإجارة والإعارة فلا يراخذان بإقرارهما استحسانا كيلا تقطع الإجارة والإعارة ، وأما في الوديعة فنفسه الإيداع تعود إلى المالك ، فلو أخذنا المالك بإقراره لا يقطع الإيداع انتهى . أقول : يرد عليه أن يقال : تعود المنفعة في الإجارة أيضا إلى المالك وهو المؤجر ، لأنها عقد معاوضة لا عقد تبرع فتعود فيها منفعة الأجرة إلى المؤجر قطعا ، كما يعود في الإيداع منفعة الحفظ إلى المودع ، فلم يتم الفرق المذكور بالنظر إلى مسئلة الإجارة وإن تم بالنظر إلى مسئلة الإعارة ، اللهم إلا أن يقال : منفعة الأجرة وإن عادت في الإجارة إلى المؤجر لكن منفعة الدار ومخوها تعود إلى المستاجر ، ولا يقدر المؤجر على الانتفاع بهامدة الإجارة فيتضرر بها من هذه الجهة بخلاف الإيداع فإنه نفع محض للمودع فافتراقا في الجملة (وهذا) أي الذي ذكر في الإجارة وأختها (بخلاف ما إذا قال اقتضيت) أي قبضت (من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله) أي قول المقر له (لأن الدين تقضى بأمثالها) لا بأصياتها (وذلك) أي قضاء الدين بأمثالها (إنما

وقوله (وليس مدار الفرق) إشارة إلى الرد على الإمام القمي فيها ذكره أن الرد إنما وجب في مسئلة الوديعة لأنه قال فيها أخذتها منه فيجب جزؤه وجزاء الأخذ الرد . وقال في الإجارة وأختها : أي العارية والسكنى فردها على فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع . وقالوا في شروح الجامع الصغير : هذا الفرق ليس بشيء ، لأن محمدا ذكر في كتاب الإقرار لفظ الأخذ في الإجارة وأختها أيضا ، وإنما الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب (وهذا) أي الذي ذكره في الإجارة وأختها (بخلاف ما إذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله المقر له لأن الدين تقضى بأمثالها) وذلك معلوم ، فإذا أثر باقتضاء الدين فقد أثر بقبض مثل هذا الدين ، لأن الاقتضاء إنما

(قال المصنف : كان على هذا الخلاف) أقول : على هذا الوجه بخلاف الأول كما لا يخفى (قوله على الإمام القمي) أقول : القمي يضم الغائب هو على بن موسى القمي تلميذ محمد بن شجاع البجلي ، وهو تلميذ حسن بن زياد ، وهو تلميذ أبي حنيفة ، وفي : بلمعروف بالمرآة (قال المصنف : وذلك إنما

يكون بقبض مضمون ، فإذا أقر بالانقضاء فقد أثر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره ، أما هاهنا المقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا ، ولو أقر أن فلانا زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاهما فلان وقال المقر لا بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت أو فعلته بأجر فالقول للمقر لأنه ما أقر له باليد وإنما أقر بمجرد فعل منه ، وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما إذا قال خاطب في الخطيب قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن إقرارا باليد ويكون القول للمقر لما أنه أقر بفعل منه وقد يخطئ ثوبا في يد المقر كلها هذا .

يكون بقبض مضمون أي بقبض مال مضمون يصير ديناً على الدائن ثم يصير قصاصاً بدينه على المدين (فإذا أقر بالانقضاء فقد أثر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره ، أما هاهنا) يعني في صورة الإجارة وأختيها (المقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا) قال صاحب العناية في تقرير هذا المقام : لأن الدين نقض بأمثاله وذلك معلوم ، فإذا أقر بانقضاء الدين فقد أثر بقبض مثل هذا الدين لأن الانقضاء إنما يكون بقبض مال مضمون ، والإقرار بقبض مال مضمون إقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما أقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره ، أما هاهنا : يعني في صورة الإجارة وأختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا . وقال : عليك بتطبيق ما ذكرنا بما في المتن ليظهر التقديم والتأخير الواقع في كلام المصنف بحسن التدبير إن شاء الله تعالى . أقول : لا يظهر لدى طرفة سليمة بتطبيق ما ذكره بما في المتن ويتدبر فيه بحسن التدبير وتقديم وتأخير في كلام المصنف ، بل يظهر له نوع اختلال في كلام الشارح . أما الأول فلأن قوله فإذا أقر بانقضاء الدين فقد أثر بقبض مثل الدين ليس عين قول المصنف فإذا أقر بالانقضاء فقد أثر بسبب الضمان لاختلاف تاليهما فلا يقتضي تقديم ذلك تقديم هذا ، كيف . ولو قدم هذا ووضع موضع ذلك قليل لأن الدين نقض بأمثاله ، فإذا أقر بالانقضاء فقد أثر بسبب الضمان لم يتم التفريع المستفاد من الفاء في فإذا أثر مثل ما تم في تقديم ذلك يشهد بذلك كله الدوق الصحيح . وأما الثاني فلأنه قال قوله فإذا أقر بانقضاء الدين فقد أثر بقبض مثل الدين بقوله لأن الانقضاء إنما يكون بقبض مال مضمون والإقرار بقبض مال مضمون إقرار بسبب الضمان ، ولا ينبغي أن مفاد هذا التعليل أن الإقرار بالانقضاء إقرار بسبب الضمان ، لأن الإقرار بانقضاء الدين إقرار بقبض مثل الدين كما هو المدعى (ولو أقر أن فلانا زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر) أي والحال أن ذلك كله في يد المقر (فادعاهما) أي فادعى الأرض والدار والكرم (فلان) لنفسه (وقال المقر لا بل ذلك كله لي استعنت بك في الزراعة أو البناء أو الغرس) ففعلت أو فعلته بأجر فالقول للمقر هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف ترفيها وقال في تعليلها (لأنه) أي لأن المقر (ما أقر له) أي لفلان (باليد ، وإنما أقر بمجرد فعل منه) أي من فلان (وقد يكون ذلك) أي الفعل من الغير (في يد المقر) يعني أن الإقرار بمجرد فعل من الغير لا يدل على اليد لأن العمل قد يكون من المعين والأجير وتأمين في يد صاحبه (وصار) أي صار حكم هذا (كما إذا قال خاطب في الخطيب قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن إقرارا باليد ويكون القول للمقر لما أنه أقر بفعل منه) أي من الخطيب (وقد يخطئ ثوبا في يد المقر) أي كذا حكم المسائل المذكورة . قال في النهاية : فصل

يكون بقبض مال مضمون والإقرار بقبض مال مضمون إقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما أقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره ، أما هاهنا : يعني في صورة الإجارة وأختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا ، عليك بتطبيق ما ذكرنا بما في المتن ليظهر التقديم والتأخير الواقع في كلام المصنف بحسن التدبير إن شاء الله تعالى ، وبأى كلامه لا يحتاج إلى شرح .

يكون بقبض مضمون) أقول : لعله من قبيل : سيل مضم ، إن كان التركيب توصيفيا ، ويجوز أن يكون إسمائيا (قوله عليك بتطبيق ، إلى قوله : بحسن التدبير) أقول : فيه بحث .

(باب إقرار المريض)

قال (وإذا أقر الرجل في مرض موته بدينون وعليه ديون في محضته ودينون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الأسباب مقدم) وقال الشافعي رحمه الله : دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين ،

من هذا كله أن جنس هذه المسائل على ثلاثة أنواع : ففي نوع منها كان القول قول المقر له بالإجماع وهو مسألة الوديعة والإقرار والافتضاء . وفي نوع منها كان القول قول المقر بالإجماع وهو مسألة بيع العبد ومسألة زرع هذه الأرض أو بناءها هذه الدار ومسألة خياطة الثوب بدون ذكر القبض منه . وفي نوع منها اختلفوا فيه . فعند أبي حنيفة القول قول المقر كما في الثاني ، وعندهما القول قول المقر له كما في النوع الأول وهو مسألة الإجارة والإعارة والإسكان وخياطة الثوب مع ذكر القبض انتهى .

(باب إقرار المريض)

لما فرغ من بيان أحكام إقرار الصحيح شرع في بيان أحكام إقرار المريض ، لأن المرض بعد الصحة ، وأقره بهاب على حدة لاختصاصه بأحكام ليست للصحيح (وإذا أقر الرجل في مرض موته بدينون) أي بدينون غير معلومة الأسباب (وعليه ديون في محضته ودينون لزمته في مرضه) أي في مرض موته (بأسباب معلومة) متعلق بزمته : أي لزمته بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأة تزوجها وحلم معاينة (فدين الصحة والدين المعروف الأسباب مقدم) على ما أقر به في مرضه ، إلى هنا لفظ القدوري في مختصره . قال المصنف (وقال الشافعي : دين المرض) سواء كان بسبب معلوم أو بإقراره (ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين) وإنما تعرض لوصف العقل والدين لئلا يمتنع عن الكذب في الإخبار والإقرار إخبار عن الواجب في اللغة ، ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه ، بل بالمريض يزداد جهة رجحان الصدق لأن المرض سبب التورع عن المعاصي والإنابة عما جرى في الماضي ، فالاحتراز عن الكذب في هذه

(باب إقرار المريض)

أفرد إقرار المريض في باب على حدة لاختصاصه بأحكام ليست للصحيح ، وأقره لأن المرض بعد الصحة . قال (وإذا أقر الرجل في مرض موته الخ) إذا مرض المدينون ولزمته ديون حال مرضه بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة أو أقر في مرضه بدينون غير معلومة الأسباب فدينون الصحة والتي عرفت أسبابها مقدمة على الدينون المقر بها (وقال الشافعي : دين الصحة ودين المرض) سواء كان بسبب معلوم أو لا (يستويان لاستواء سببهما وهو الإقرار الصادر عن الأهل) إذ الغرض فيه المضاف إلى محله وهي الزمة القابلة للحقوق ، فصار كإنشاء التصرف مباينة أو مناكحة ،

(باب إقرار المريض)

(قال المصنف : وإذا أقر الرجل ، إلى قوله : مقدم) أقول : التعبير عن المقر به تارة بصيغة الجمع وتارة بصيغة المفرد للدلالة على أنه لا فرق بين الدين والدينون في الحكم (قال المصنف : وقال الشافعي دين المرض ودين الصحة ، إلى قوله : ومناكحة) أقول : للمدعي عام لما ثبت بالإقرار أو بالمعاينة ، والدليل خاص فينبغي أن يفهم إليه أنه لم يفصل أحد بين الثابت بالإقرار في دين الصحة ، والثابت بالمعاينة فكذلك يجب أن يكون حال الثابت في المرض ، ويجوز أن يكون من التنبية بحال الأذن على حال الأهل . ثم أقول : للقياس على المباينة والمناكحة بدلان على كون الإقرار سبب للمناكحة للشافعي على ما ذهب إليه بعض أصحابنا لدليله على ما هو المختار ، وأشار إليه المصنف في تقرير دليل اثبتنا (قوله وهو الإقرار الصادر الخ) أقول : أي هو الإقرار الصادر عن الأهل بالإقرار المضاف إلى الأهل ، ويمكنه أن يهاجم

وعمل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كإنشاء التصرف مبايعة ومناكحة . ولنا أن الإقرار لا يعتبر دليلا إذا كان فيه إبطال حق الغير ، وفي إقرار المريض ذلك لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ، ولهذا منع من التبرع والمهاجرة إلا بقدر الثلث ،

الحالة أكثر فكان جهة قبول الإقرار فيه أوفر ، كذا في الشروح . واعترض بعض الفضلاء على تقرير دليل الشافعي بالوجه الذي ذكره المصنف حيث قال : فيه كلام ، وهو أن هذا الدليل إنما يفيد مساوئته للدين الثابت بالإقرار في الصحة فلا يطابق المدعى كما لا يخفى . والأولى أن يقال : وعند الشافعي للدين في المرض يساوى الدين في الصحة لاستواء السبب للمعلوم والإقرار انتهى كلامه . أقول : يمكن أن يجاب عنه بأن هذا الدليل إذا أفاد مساواة دين المرض للدين الثابت بالإقرار في الصحة فقد أفاد مساوئته للدين الثابت بالمعانة أيضا بناء على عدم القائل بالفصل بين ذلك الدينين ، ويطلق على مثل ذلك الإجماع المركب كما تقرر في علم الأصول . وأراد بعض الفضلاء أن يجيب عنه بوجه آخر حيث قال : المدعى عام لما ثبت بالإقرار أو بالمعانة والدليل خاص ، ثم قال : ويجوز أن يكون من التنبية بحال الأدنى على حال الأعلى . أقول : لاحصل له هاهنا لأنه إن أراد أنه يجوز أن يكون من التنبية بمساواة دين المرض لأدنى ديني الصحة وهو الدين الثابت بالإقرار في الصحة على مساوئته لأعلى ديني الصحة وهو الدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة فليس بصحيح ، إذ لا يلزم من وصول الشيء إلى رتبة الأدنى وصوله إلى رتبة الأعلى فكيف يجوز التنبية بالأول على الثاني ، وإن أراد أنه يجوز أن يكون من التنبية بمساواة أدنى ديني المرض وهو الدين الثابت بالإقرار في المرض للدين الثابت بالإقرار في الصحة على مساواة أهل ديني المرض وهو الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة للدين الثابت بالإقرار في الصحة فهو مسلم ، إذ يلزم من وصول الأدنى إلى رتبة شيء وصول الأعلى إلى رتبة ذلك الشيء بالأولوية لكنه لا يجدي شيئا هاهنا ، إذ الكلام في تصور الدليل المذكور عن إفادة مساواة دين المرض للدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة مع عموم المدعى ، وهذا لا يندفع بذلك ، على أن مساواة الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة لدين الصحة مما لا نزاع فيه فلا فائدة في التنبية عليه أصلا (وعمل الوجوب الذمة القابلة للحقوق) وهي ذمة الحر البالغ العاقل وهي في حائقي الصحة والمرض سواء ، فاستوى دين المرض ودين الصحة في سبب الوجوب وقوله فيستويان في الوجوب ، وإذا استويا وجوبا استويا استيفاء (وصار كإنشاء التصرف مبايعة ومناكحة) أي صار إقراره في المرض كإنشاءه التصرف بالبيع والتكاح في حالة المرض وذلك مساو لتصرفه في حالة الصحة فكذا هاهنا (ولنا أن الإقرار لا يعتبر دليلا إذا كان فيه إبطال حق الغير) أي إذا تضمن إبطال حق الغير ، كما لو رهن أو أجر شيئا ثم أقر أنه لغيره فإنه لا ينفذ إقراره في حق المرحوم والمستأجر لتعلق حقهما به (وفي إقرار المريض ذلك) أي إبطال حق الغير (لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال) يعني مال المريض (استيفاء) أي من حيث الاستيفاء (ولهذا ذلك) أي المريض (من التبرع والمهاجرة إلا بقدر الثلث) قال صاحب النهاية : أي فيها إذا لم يكن عليه دين ، وأما إذا كانت الديون محيطة بماله فلا يجوز تبرعه أصلا في الثلث وما دونه انتهى . واقتضى أثره صاحب العناية في حل

ولما تعرض لوصف العقل والدين لأنهما الممانعان من الكذب في الإخبار ، والإقرار إخبار عن الواجب في ذمته ، ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه (ولنا أن الإقرار غير معتبر إذا تضمن إبطال حق الغير وإقرار المريض تضمنه ، لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمهاجرة) أصلا إذا أحاطت الديون بماله وبإثباته على الثلث إذا لم يكن

فيه وهو أن ظاهر هذا الكلام لا يطابق الشروح (قال المصنف : لأن حق غرماء الصحة (الخ) أقول : وجهه يخرج الجواب من قوله : وعمل الوجوب الذمة ، فإن الدين يعلق بالمال عند الموت فخراب الذمة ، وسبب الموت المرض فيستند حكم الخراب إلى أول المرض ويصير كأن الدين متعلق بالمال عند الإقرار ، إليه أشير في المبسوط (قال المصنف : ولهذا منع من التبرع (الخ) أقول : التفرع بظاهره غير مستقيم كما لا يخفى على المتأمل ، ثم رأيت في الكفاية ما يترجم كونه جوابا عن ذلك ، وهو هذا استدلال بالعام ليسهل التفريق بالأولوية وهو أن المريض لما تعلق بما له حق الوارث لا يعتبر تبرعه إلا من الثلث ، فإذا منع من التبرع فيما إذا تعلق به حق الوارث وهو أصناف الحفيين فلا ينفع فيما إذا

بمخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية.

هذا الحل بهذا المعنى ، ولكن غير العبارة حيث قال : ولهذا منع من التبرع والمهاياة أصلا إذا أحاطت الديون بماله وباليزيادة على الثلث إذا لم يكن عليه ديون انتهى . أقول : ليس هذا بشرح صحيح ، إذ الظاهر من قوله إذا لم يكن عليه دين إذا لم يكن عليه شيء من الديون أصلا بمقتضى وقوع النكحة في سابق التي فيحتمل بصير معنى كلام المصنف : ولتعلق حق غرماء الصحة بمال المريض منع من التبرع والمهاياة بالزيادة على الثلث في إذا لم يكن على المريض دين أصلا . ولا يخفى أن هذا معنى لغو يتناقض آخره أوله ، لأنه إذا لم يكن على المريض دين أصلا لم يتصور تعلق حق الغرماء بماله . فالوجه في حل هذا الحل أن يقال : ما ذكره المصنف في إذا كان عليه ديون ولكن لم يحط بماله ، وأما إذا أحاطت الديون بماله فيمنع من التبرع . مطلقا : أى بالثلث وبما دونه ، نعم يمنع المريض من التبرع والمهاياة بالزيادة على الثلث وإن لم يكن عليه دين أصلا ، لكن ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله بل لتعلق حق الورثة به ، فالنكح لأجل تعلق حق الغرماء بماله كما هو مقتضى قول المصنف ولهذا منع إنما يتصور في صورة تحقق الدين عليه كما لا يخفى على ذي مسكة . ثم إن جهور الشراح قالوا في قول المصنف ولهذا منع من التبرع والمهاياة إلا بقدر الثلث : جواب عما ادعاه الشافعي من استواء حال الصحة وحال المرض ، فإنه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمهاياة في حال المرض كما لا يمنع منهما في حال الصحة . أقول : يرد عليه أن يقال : لم لا يجوز أن يكون منعه من التبرع والمهاياة بالزيادة على الثلث في حالة المرض لتعلق حق الورثة بماله في تلك الحالة لا لتعلق حق الغرماء به ؟ ألا يرى أنه يمنع من ذلك في تلك الحالة وإن لم يكن عليه دين أصلا فلا يتم الجواب عما ادعاه الشافعي ، لأن ما ادعاه استواء حالي الصحة والمرضى في حق غرماء الصحة والمرضى لا في حق الورثة . ثم أقول : كان الحق على المصنف أن يقول بدل قوله المذكور ولهذا منع من التبرع والمهاياة أصلا إذا أحاطت الديون بماله إذ يتم الجواب حيث ادعاه الشافعي قطعا ، ويصح التبرع على ما قبله بلا خيار كما لا يخفى على القطن ، وكان الإمام الأزملي نبيه لقصور ما ذكره المصنف هاهنا في التبرع حيث قال في شرح الكنز بدل ذلك : ولهذا منع من التبرع والمهاياة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث ، لكن في قاله إفراط كما كان في قاله المصنف تفریط ، لأن منعه من التبرع والمهاياة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث ليس بمطلق بل في إذا أحاطت الديون بماله ، وأما في إذا لم يحط به فقد بالثلث ، والظاهر من كلامه الإطلاق فكان فيه إفراط ، فالحق الذي لا يبعد عنه في تنقيح الكلام هاهنا لإفادة تمام المقصود ما نهينا عليه آنفا . فإن قيل : الإقرار بالوارث في المرض صحيح مع أنه يطل به حق سائر الورثة فلم لم يصح الإقرار بالدين في المرض إذا كان فيه إبطال حق غرماء الصحة مع استوائهما في إبطال حق الغير ؟ قلنا : استحقات الوارث المال بالنسب والموت جميعا فالاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجودا وهو الموت ؛ ألا يرى أن شاهدني النسب قبل الموت إذا رجعا بعد الموت والمشهود له أخذ المال لم يضمن شيئا . فأما الدين فلم يجب بالمثل بل يجب بالإقرار ، كذا في المبسوط والأمصار (بمخلاف النكاح) جواب عما استشهد به الشافعي من إنشاء النكاح : يعني لا يلزمنا ذلك (لأنه من الحوائج الأصلية) فإن بقاء النفس بالنكاح ولا طريق للتنازل إلا بالنكاح والمرء غير ممنوع عن صرف ماله إلى الحوائج الأصلية وإن كان ثمة دين الصحة كالصرف

عليه دين ، وفي هذا التوضيح جواب عما ادعى الشافعي من الاستواء بين حال الصحة والمرضى ، فإنه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمهاياة في حال المرض كما في حال الصحة . فإن قيل : الإقرار بالوارث في المرض صحيح وقد تضمن إبطال حق بقية الورثة أجب بأن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا ، فالاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجودا وهو الموت ، بمخلاف الدين فإنه يجب بالإقرار بالالموت (قوله بمخلاف النكاح) جواب عما استشهد به الشافعي من إنشاء النكاح والمباينة ، وذلك لأن النكاح من الحوائج الأصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج الأصلية وإن كان ثمة دين الصحة كالصرف إلى ثمن الأدوية والأغذية تعلق به حق الغرم وهو أقوى أولاه . وأنت غير بأن عدم استقامة التشريع باق بعد (قال المصنف : بمخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية) أقول : سيبي وأن قضاء الدين أيضا من الحوائج الأصلية . وإبطال حق الغرماء مشترك ، فإن البيع ليس بمال منقوض فالفرق ؟ وجوابه أنه لم يظهر ثبوت الدين هنا لمكان التهمة حتى يكون قضاءه من الحوائج فليقتل .

وهو بمهر المثل ، وبخلاف المباشرة بمثل القيمة لأن حق الغرماء تعلق بالمسألة لا بالصورة ، وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمين ، وهذه حالة العجز وحالتنا المرض حالة واحدة لأنه حالة الحجر ، بخلاف حالتي الصحة

إلى ثمن الأدوية والأغذية (وهو) أي النكاح (بمهر المثل) هذه جملة حالية : يعني أن النكاح من الخواص الأصلية حال كونه بمهر المثل ، وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز ، كذا في العناية . قال بعض الفضلاء : فيه بحث ، فإن النكاح من الخواص الأصلية مطلقا . أقول : كون النكاح من الخواص الأصلية مطلقا ممنوع ، فإن الخواص الأصلية ما يكون من ضروريات الإنسان ، والنكاح بأكثر من مهر المثل ليس من ضرورياته لإمكان حصوله بمهر المثل . فإن قيل : لو تزوج وهو لا يحتاج إليه بسبب أن له نساء جوارى وهو شيخ كبير لا يولد له عادة جاز ، وهي تشارك غرماء الصحة مع أن هذا النكاح لم يكن من الخواص الأصلية لأنه ليس له رجاء بقاء النسل ولا احتياج قضاء الشهوة . قلنا : النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لأصل الوضع لا للحال فإن الحال بما لا يوقف عليها لينفي الأمر عليها ، إليه أشار في الأسرار وذكر في الشروح (وبخلاف المباشرة بمثل القيمة) جواب عما استشهد به الشافعي من إنشاء المباشرة : يعني ولا يلزمنا المباشرة بمثل القيمة (لأن حق الغرماء تعلق بالمسألة لا بالصورة) والمسألة باقية في المباشرة بمثل القيمة وإن فادت الصورة ، فلم يكن في إنشاء ذلك إبطال شيء من حقهم بل فيه تحويل حقهم من محل إلى محل بعد له ، وللبديل حكم المبدل . ولما استشهد أن يقال لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل إقراره بالدين حالة الصحة أيضا لأن الإقرار المتضمن لإبطال حق الغير غير معتبر كما مر مع أن ذلك ليس بباطل بالإجماع . أجاب بقوله (وفي حالة الصحة لم يتعلق) حق الغرماء (بالمال) أي بمال المديون (لقدرته على الاكتساب) أي لقدرته المديون على (الاكتساب في تلك الحالة) فيتحقق التثمين أي تثمين المال وهو تكثيره ، يقال ثمر الله ماله : أي كثره فلم تقع الحاجة إلى تعلق حق الغرماء بماله (وهذه) أي حالة المرض (حالة العجز) عن الاكتساب فيتعلق حقهم بماله في هذه الحالة حذرا عن الثوى . ولما استشهد أن يقال سلمنا ذلك لكن إذا أقر في المرض ثانيا ينفى أن لا يصح لتعلق حق المقر له الأول بماله ، كما لا يصح إقراره في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بذلك . أجاب بقوله (وحالتنا المرض حالة واحدة) أي حالة أول المرض وحالة آخره بعد أن يتصل به الموت حالة واحدة (لأنه) أي لأن المرض (حالة الحجر) ولهذا يمنع عن التبرع فكان الإقراران في المرض بمنزلة إقرار واحد ، كما أن حالتي الصحة حالة واحدة فيعتبر الإقراران جميعا بخلاف حالتي الصحة

(قوله وهو بمهر المثل) يجوز أن يكون حالا : يعني أن النكاح من الخواص الأصلية حال كونه بمهر المثل ، وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز . فإن قيل : لو تزوج شيخ فان رابعة جاز وليس يحتاج إليها فلم يكن من الخواص الأصلية ، أوجب بأن النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لأصل الوضع لا للحال ، فإن الحكم بما لا يوقف عليها (قوله وبخلاف المباشرة) يعني أن المباشرة بمثل القيمة لا تبطل حق الغرماء لأنه يتعلق بالمسألة لا بالصورة والمسألة باقية . فإن قيل : لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل إقراره بالدين حال الصحة لأن الإقرار المتضمن لإبطال حق الغير ليس معتبر كما مر . أجاب بقوله (وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال) لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمين . فلم ينجح إلى تعليق الغرماء بماله (وهذه) أي حالة المرض (حالة العجز) عن الاكتساب فيتعلق حقهم به حذرا عن الثوى . فإن قيل : سلمنا ذلك لكن إذا أقر في المرض ثانيا وجب أن لا يصح لتعلق حق المقر له الأول بماله كما لا يصح في حق غرماء الصحة لذلك . أجاب بقوله (وحالتنا المرض حالة واحدة) يعني أوله وآخره بعد اتصال الموت به حالة واحدة (لأنه حالة الحجر) فكانتا بمنزلة إقرار واحد كحالتي الصحة فيعتبر الإقراران جميعا بخلاف حالتي الصحة

(قوله وهو بمهر المثل) أقول : هذه جملة مترتبة (قوله يجوز أن يكون حالا) أقول : يعني من المستقر في الخبر (قوله يعني أن النكاح من الخواص الأصلية حال كونه بمهر المثل) أقول : وفيه بحث ، فإن النكاح من الخواص الأصلية مطلقا .

والمرض ، لأن الأولى حالة إطلاق وهذه حالة عجز فافترقا ، وإنما تقدم الديون المعروفة الأسباب لأنه لا تهمة في ثبوتها إذ المعايين لامرد له ، وذلك مثل بدل مال ملكه أو استهلكه وعلم وجوبه بغير إقراره أو تزوج امرأة بمهر مثلها ، وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بيننا ،

والمرض ، لأن الأولى (أى حالة الصحة (حالة إطلاق) لتصرف (وهذه) أى حالة المرض (حالة عجز) عن التصرف . قال في غاية البيان : لو قال حالة حجر لكان أولى لكونه أشد مناسبة بالإطلاق (فافترقا) أى افترق الوجهان أو الحكان فنعن تتعلق حق الغرماء الصحة بماله عن إقراره في حالة المرض ، ولم يمنع الإقرار في أول المرض عن الإقرار في آخره . ثم إن الدليل المذكور أفاد تقدم دين الصحة على الدين الثابت بالإقرار في حالة المرض . وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الأسباب عليه فقال (وإنما تقدم المعروفة الأسباب) يعنى إنما تقدم الديون اللازمة في حالة المرض بأسباب معلومة على الدين الثابت بالإقرار في حالة المرض (لأنه لا تهمة في ثبوتها) أى في ثبوت تلك الديون (إذ المعايين لا مرد له) يعنى أن ثبوتها بالمعينة والأمر المعايين لا مرد له فتقدم على المقر به في المرض (وذلك) أى ما ذكر من الديون المعروفة الأسباب (مثل بدل مال مملكه) كسكن المبيع وبدل القرض (وأستهلكه) أى أو بدل مال استهلكه (وعلم وجوبه) أى وجوب البدل (بغير إقراره) أى بغير إقرار المريض بأن يثبت وجوبه بمعينة القاضي أو بالكيئة (أو تزوج امرأة بمهر مثلها) هذا عطف على بدل مال ملكه أو استهلكه بحسب المعنى ، كأنه قال أو مهر مثل امرأة تزوجها فإنه أيضا من الديون المعروفة الأسباب . أقول : الظاهر أن كون العلم بوجوده بغير إقرار المريض شرط في هذا المثل أيضا ، وإلا كان مما يثبت بإقرار المريض فلا يصح مثلا لما يقدم عليه من الديون المعروفة الأسباب ، وإذا كان ذلك شرطا في هذا أيضا لا يرى في تشهير المصنف عن قوله وعلم وجوبه بغير إقراره وجه وجه (وهذا الدين) يعنى الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة (مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بيننا) أشار به إلى قوله لأنه لا تهمة في ثبوتها فإن تلك العلة : أعنى عدم التهمة في الثبوت كما تمتشى في الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة بناء على أن المعايين لا مرد له كذلك تمتشى في دين الصحة مطلقا ، أما فيما لزم في الصحة بأسباب معلومة فبناء على أن المعايين لا مرد له ، وأما فيما ثبت في الصحة بالإقرار فبناء على أن لا يكون فيه إبطال حق الغير كما في إقرار المريض هذا . وقال صاحب غاية البيان قوله لما بيننا إشارة إلى قوله إذ المعايين لا مرد له . أقول : ليس هذا بتمام . لأن تلك العلة : أعنى قوله إذ المعايين لا مرد له لا تمتشى فيها إذا ثبت دين الصحة بالإقرار ، إذ الثابت بالإقرار ليس من المعايين فلا يظهر بها أن لا يقدم هذا الدين على دين الصحة مطلقا بخلاف ما ذكرناه . وقال صاحب العناية : لما بيننا أنه من الحوائج الأصلية : يعنى في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره انتهى . أقول : هذا تكلف مستغنى عنه ، فإن قول المصنف لأنه لا تهمة في ثبوتها مع قرينه في الذكر وهجومه للدين اللازم بسبب النكاح والدين اللازم بسبب غيره جميعا كيف لا يكتفى به في شرح قوله هاهنا لما بيننا فيصاير إلى توزيع قوله لما بيننا إلى قوله لأنه لا تهمة في ثبوتها وإلى قوله في بعيد بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمجر الخلل كما يقتضيه تقرير صاحب العناية .

والمرض لأن الأولى حالة إطلاق وهذه حالة عجز فافترقان (فيمنع تعلق غرماء الصحة بماله عن إقراره في حالة المرض ، ولا يمنع الإقرار في أول المرض عن الإقرار في آخره ، وهذا الدليل أفاد التفوق بين دين الصحة ودين المرض . وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الأسباب فقال (وإنما تقدم الديون المعروفة الأسباب لأنه لا تهمة في ثبوتها إذ المعايين لا مرد له) فتقدم على المقر به وتعتبر مثل دين الصحة (لا يقدم أحدهما على الآخر لما بيننا) أنه من الحوائج الأصلية : يعنى في النكاح ، ولا تهمة في ثبوته في غيره .

(قال المصنف : لأن الأولى حالة إطلاق وهذه حالة عجز) أقول : الأصل بقوله حالة إطلاق أن يقال حالة حجر سبقني إليه الإقتافى (قوله بين دين الصحة ودين المرض) أقول : الثابت بالإقرار والإضافة للعهد (قوله ولا تهمة في ثبوته في غيره) أقول : فيه بحث ، فإن الظاهر من كلام المصنف أن قوله لا تهمة في ثبوتها يتم النكاح وغيره . قال الإقتافى : قوله لما بيننا إشارة إلى قوله إذ المعايين لا مرد له . وفيه بحث أيضا .

ولو أقر بعين في يده لأخبر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ، ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض ، لأن في إثبات البعض إبطال حق الباقيين ، وغرماء الصحة والمرضى ذلك سواء ، إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبيئة .

وقال صاحب النهاية ومراجع الدراية : قوله لما بينا إشارة إلى قوله لأنه من الحوائج الأصلية وقوله لأنه لأهمية في ثبوتها . أقول : إن أراد أن قوله لما بينا إشارة إلى قوله المذكورين في الموضوعين بطريق التوزيع كما قرره صاحب العناية فيرد عليهما ما يرد عليه من أنه تكلف مستشفى عنه كما بيناه ، وإن أراد أنه إشارة إلى قوله المذكورين بطريق الاستقلال بمعنى أن كل واحد منهما يصلح أن يكون علة مستقلة لكون الديون المعروفة الأسباب مطلقا مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر فليس بصحيح ، لأن قوله لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمجر الخلل مخصوص بالكساح ، وليس كثير من أسباب تلك الديون من الحوائج الأصلية قط فلا يتم المقصود (ولو أقر) أي المريض (بعين في يده لأخبر) سواء كانت العين أمانة أو مضمونة (لم يصح) (في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به) أي بما أقرب ذكر المصنف هذه المسئلة تقريبا على مسئلة القدوري ، ومفادها أن الإقرار بالعين في المرض كالإقرار بالدين فيه (ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض) خلافا للشافعي . ذكر المصنف المسئلة أيضا تقريبا على مسئلة القدوري وقال في تعليلها (لأن في إثبات البعض إبطال حق الباقيين) وهو لا يصح ، فإن فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقائض بل يكون ذلك بين الغرماء بالخصص عندنا ، نص عليه في الميسوط وغيره . وقال الشافعي : المقبوض سالم للقائض ، لأن المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فرما يقضى دين من يخاف أن لا يساعه بالإبراء بعد موته بل يخصه في الآخرة ، والتصرف على وجه النظر غير مردود . والجواب أن النظر لنفسه إذا يصح إذا لم يطل حق غيره (وغرماء الصحة والمرضى في ذلك سواء) أي وغرماء الصحة وغرماء المرضى الذين كانوا غرماء في الديون المعروفة الأسباب سواء في عدم جواز إثبات البعض على البعض بقضاء الدين ، والعلة اشترك الكل وتساوهم في تعلق حقهم بمال المريض (إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه) هذا استثناء من قوله ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض . وقوله في مرضه متعلق بالفلعين جميعا ، أعني قضى واستقرض ، فالمنفي : إلا إذا قضى في مرضه ما استقرض في مرضه وكذا قوله (أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه) أي نقد في مرضه ثمن ما اشترى في مرضه (وقد علم) وجوبه (بالبينة) أي والحال أنه قد علم وجوب كل واحد من القضاء والتقد بالبيئة أو بمماناة القاضي فحيث يجوز أن يخفى المريض المقرض والبائع بقضاء دينهما ويسلم المقبوض لهما ، ولا يشاركهما في ذلك غيرهما لأنه لم يطل حق الغرماء ، بل إنما حوّل من محل إلى محل يعد له ، وكان تعلق حقهم بالبيئة بالصورة والمالية لم تفت بالتحويل . وفي الميسوط : رأيت لو رد ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع أكان محتج سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة : لا يمتنع ذلك ، فكل ذلك إذا ردّته لأن حكم البذل حكم البذل . قال في النهاية .

قال (ولو أقر بعين في يده لأخبر لم يصح) الإقرار بالعين في المرض كالإقرار بالدين فيه بمنه عن ذلك تعلق حق الغرماء بالعين (ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض) سواء كانوا غرماء الصحة أو المرضى أو غنطين (لأن في ذلك إبطال حق الباقيين) فلا يصح ، فإن فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقائض بل يكون بين الغرماء بالخصص عندنا . وقال الشافعي : سلم له ذلك لأن المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فرما يقضى دين من يخاف أن لا يساعه بالإبراء بعد موته ويخاصمه في الآخرة ، والتصرف على وجه النظر غير مردود . والجواب أن النظر لنفسه إذا يصح إذا لم يطل حق غيره (قوله إلا إذا قضى ما استقرض) استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ، وممنه : إذا قضى في مرضه ما استقرضه في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبيئة أو بالمماناة يجوز ويسلم المقبوض للقائض لا يشاركه غيره ، لأنه لم يطل حق الغرماء وإنما حوّل من محل إلى محل آخر يعد له . رأيت لو رد ما استقرضه بعينه أو فسخ

(قوله أو نقد ثمن البع) أقول : ينفي نقد في مرضه .

قال (فإذا قضيت) يعنى الديون المتقدمة (وفضل شئء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض) لأن الإقرار في ذاته صحيح ، وإنما رد في حق غرماء الصحة فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحتهم . قال (وإن لم يكن عليه ديون في صحتهم جاز إقراره) لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير وكان المقر له أولى من الورثة) لقول عمر رضى الله عنه : إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته

وذكر في الخيرة بأوضح من هذا فقال : فإن قضى المريض ديون هؤلاء هل لغرماء الصحة أن يشاركهم فيها قبضوا ، قالوا : لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون المرأة والأجر ، لأن المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق غرماء الصحة لما ذكرنا أن حق غرماء الصحة في معنى مال المريض لا في أعيانه ، وهذا لا يكون إبطالا لحقهم بل كان نقلا لحقهم وله ولاية النقل ، ألا يرى أنه لو باع ماله ليوفى حقوقهم كان له ذلك ، فأما في النكاح والإجارة بقضاء المهر والأجر يبطل حق غرماء الصحة عن عين المال وعن ماليته لأن ما وصل إليه من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العوض في حقهم وعنده بمنزلة فكان إبطالا لحقهم وليست له ولاية الإبطال انتهى (قال) أى القدورى في مختصره (فإذا قضيت) على صيغة المجهول وقسر المصنف القائم مقام الفاعل بقوله (يعنى الديون المتقدمة) وأراد بالديون المتقدمة دين الصحة والديون اللازمة في المرض بأسباب معلومة (وفضل شئء) هذا من كلام القدورى : يعنى وفضل شئء من التركة بعد قضاء الديون المذكورة (يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض) قال المصنف في تعليقه (لأن الإقرار في ذاته صحيح) أى محمول على الصدق في حق المقر لصدوره عن أهله في محله إذ الكلام فيه فيكون حجة عليه (وإنما رد في حق غرماء الصحة) لكونه متهما في حق الغير (فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحتهم) أى صحة إقراره في المرض لزوال المانع (قال) أى القدورى في مختصره (وإن لم يكن عليه) أى على المريض (ديون في صحتهم جاز إقراره) وإن كان بكل ماله . قال المصنف في تعليقه (لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير) يعنى أنه إنما رد لتضمنه إبطال حق الغير ، فإذا لم يتضمن ذلك نفذ إقراره لعدم المانع . أقول : كان الظاهر في وضع المسئلة أن يقال : وإن لم يكن عليه ديون في صحتهم ولا ديون لازمة في مرضه بأسباب معلومة حاز إقراره ، لأن الديون اللازمة في المرض بأسباب معلومة مقدمة أيضا على الدين الثابت بإقرار المريض كما مر ، فإذا كان عليه تلك الديون فالظاهر أن لا يجوز إقراره ، وإن لم يكن عليه ديون في صحتهم لتضمنه إبطال حق غرماء الديون اللازمة في مرضه بأسباب معلومة (وكان المقر له أولى من الورثة) هذا من كلام القدورى أيضا . قال المصنف في تعليقه (لقول عمر رضى الله عنه : إذا أقر لمريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته) والأثر في مثله كالغير لأنه من المقدرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على أنه جمعه من النبي صلى الله عليه وسلم ، كذا في التبيين . قال صاحب غاية البيان ، فيه نظر ، لأنه روى في مبسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لاهم ، وكذا روى في الأصل حديث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب بن محمد بن عبد الله عن نافع عن ابن عمر أنه قال : إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أساح ذلك بماله . أقول : هذا النظر غير وارد ، لأن كونه مرويا عن ابن عمر لا ينافي كونه مرويا عن عمر أيضا فيجوز أن يستند بعض الفقهاء إلى النقل إلى أحدهما كما وقع في الكتب التي ذكرها وبعضهم إلى الآخر كما وقع في الهداية والكافي وغيرهما ، سيما إذا اختلفت عبارة الفريقين في النقل ، ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب البدائع حيث قال : ولنا

البيع ورد البيع أكان يتمتع سلامة للمردود عليه لحق غرماء الصحة ؟ لا ، فكل ذلك إذا رد بدله لأن حكم البطل حكم المبدل (فإذا قضيت الديون المتقدمة) بنوعها (وفضل شئء صرف إلى ما أقر به في حالة المرض لأن الإقرار في ذاته صحيح) أى محمول على الصدق في حقه حجة عليه (وإنما رد حقا لغرماء الصحة فإذا لم يبق حق ظهرت صحتهم وإذا لم يكن عليه ديون في صحتهم جاز إقراره) وإن كان بكل المال (لعدم تضمنه إبطال حق الغير) وكان المقر له أولى من الورثة لقول عمر رضى الله عنه : إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته (فإن قيل : الشرع قصر تصرف المريض على التملك لقوله عليه الصلاة والسلام « التملك والتملك كثير » وذلك أقوى من قول عمر . أجيب بأن ذلك في الوصية وما في مناهها ، والإقرار للأجنبي ليس من ذلك

ولأن قضاء الدين من الخواصج الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته في التكفين . قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح إلا أن يصدقه فيه بقية الورثة) وقال الشافعي في أحد قولي : يصح لأنه إظهار حق ثابت لترجع جانب الصدق فيه ، وصار كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث .

ما روى عن عمر وابنه عبد الله رضى الله تعالى عنهما أنها قالا : إذا أقر المريض لوارثه لم يجوز ، وإذا أقر لأجنبي جاز انتهى فتدبر (ولأن قضاء الدين من الخواصج الأصلية) إذ فيه رفع الحائل بينه وبين ابنته . قال النبي صلى الله عليه وسلم : «الدين حائل بينه وبين ابنته» . كذا في الشروح (وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ) عن الحاجة ولهذا تقدم حاجته (أى حاجة الميت في التكفين) والتجهيز . أقول : لقائل أن يقول : إن كان قضاء الدين الثابت بإقرار المريض من الخواصج الأصلية لا يتم ما ذكره المصنف فيها من الفرق بين الدين الثابت بإقرار المريض وبين الدين اللازم بتناكحه بقوله بخلاف النكاح لأنه من الخواصج الأصلية وهو محرم المثل . ثم أقول : يمكن أن يقال : قضاء الدين الثابت بإقرار المريض يكون من الخواصج الأصلية إذا لم يتحقق هناك دين الصحة ، والدين اللازم في المرض بأسباب معلومة أو متحققة ، ولكن فضل شيء من التركة بعد قضاها ، وأما إذا تحققت ولم يفضل شيء من التركة بعد قضاها فلا يكون الدين الثابت بإقرار المريض من الخواصج الأصلية لأن علة كونه من الخواصج الأصلية أن يرفع به الحائل بين المدين وبين ابنته كما مر ، وتلك العلة متنتية عند تحقق دين الصحة ودين المرض بأسباب معلومة مع عدم وفاء التركة بما سواهما لأنهما يحولان حيفل بينه وبين ابنته ما لم يرفعا بقضاها ، بخلاف النكاح فإن علة كونه من الخواصج الأصلية كونه من مصالح المعيشة وهذه العلة متحققة في كل حال . وأجاب بعض الفضلاء عن الإيراد المزبور بأنه لم يظهر ثبوت الدين فيها إذا أقر بدين في مرضه وعليه ديون الصحة لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الخواصج الأصلية . أقول : يرد عليه أنه يصير حيفل مدار الفرق بين ما أقر به في مرضه وبين ما لزم بتناكحه بعدم ظهور ثبوت الأول لمكان التهمة وظهور ثبوت الثاني ، إذ المعانين لمرء له لاهدم كون الأول من الخواصج الأصلية وكون الثاني منها كما يقتضيه قول المصنف ، بخلاف النكاح فإنه من الخواصج الأصلية ، ومورد الإيراد إنما هو قول المصنف هذا . ويمكن التوجيه فتأمل (قال) أي القدوري في مختصره (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح) سواء أقر بعين أو بدين كما صرحوا به ، وعن هذا قال صاحب النهاية ، وهو بإطلاعه يتناول العين والدين (إلا أن يصدقه فيه) أى في إقراره هذا (بقية الورثة) وبه قال الشافعي في قول واحد ، وهو قول شريح وإبراهيم النخعي ويحيى الأنصاري والقاسم وسالم وأبو هاشم (وقال الشافعي في أحد قولي يصح) وهو قول أبي ثور والمعطاء والحسن البصري . وقال مالك : يصح إذا لم يتم ، ويطلب إذا أنهم كمن له بنت وابن عم فأقر لأبنته لم يقبل ، ولو أقر لابن عمه قبل ، إذ لا يتم أن يزيد في نصيبه ويتم أن يزيد في نصيبها دليل ما قاله الشافعي في أحد قولي ما ذكره المصنف بقوله (لأنه) أى لأن هذا الإقرار (إظهار حق ثابت) أى إخبار عن حق لازم عليه (لترجع جانب الصدق فيه) أى في هذا الإقرار بدلالة الحال فإن حال المرض أدل على الصدق لأنه حال تدارك الحقوق فلا يجوز أن يثبت الحجر عن الإقرار به (وصار) هذا الإقرار (كالإقرار لأجنبي) وبوارث آخر (نحو أن يقره لغيره) لتسبب بأنه ابنه فإنه يصح وإن تضمن وصول شيء من من التركة إليه (وبوديعة مستهلكة للوارث) أى وكالإقرار باستهلاك وديعة معروفة لوارث فإنه صحيح . وصورة ذلك حل

كما سيأتي (ولأن قضاء الدين من الخواصج الأصلية) لأن به رفع الحائل بينه وبين ابنته وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا يقدم تميزه وتكفينه . قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح) وإقرار المريض لوارثه سواء أقر بعين أو بدين (إلا أن يصدقه بقية الورثة) . وقال الشافعي في أحد قولي يصح : لأنه إظهار حق ثابت لترجع جانب الصدق فيه (بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك كونه سعيًا في فكالك رقبته) فصار كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث

(قوله كما سيأتي) أقول : في آخر الصفحة (قال المصنف) : لأنه إظهار حق ثابت (الخ) أقول : فيه دلالة على أن الإقرار يظهر عنده أهلهما لاسبب

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين »

ما ذكر في الجامع الكبير : رجل أودع أباه ألف درهم في حال صحة الأب أو مرضه بمعاينة الشهود ، فلما حضرته الوفاة قال استهلكها ثم مات وأنكر ذلك سائر الورثة ، فإن إقرار المريض جائز والألف من تركته للابن المقر له خاصة . قال جماعة من الشراح : والجواب عنه أنا لو لم نعتبر إقراره يصير كأنه مات مجهلا فيجب الضمان فلا يرد إقراره ، ولأن تصرف المريض إنما رد للثمة ولا ثمة في المعاينة انتهى . أقول : جوابهم الثاني ليس بصحيح ، لأن الثابت بالمعاينة في المسئلة المذكورة إنما هو إبداء الوارث تلك الوديعة لا استهلاك المورث إياها ، وإعنايت الاستهلاك بإقرار المورث لا غير كما هو المفروض في حالتك المسئلة فيبقى الكلام في صحة الإقرار بالاستهلاك ، فالصواب من جوابهم هو الأول كما هو المفهوم مما ذكر في الجامع الكبير من تعليل المسئلة المذكورة بقوله لأن تصرف المريض إنما يرد للثمة لا لخلل فيه ولا ثمة في هذا ، ألا يرى أننا إذا كذبناه فإت وجب الضمان أيضا في تركته لأنه مات مجهلا انتهى . وكان تلك الجماعة من الشراح اغترتوا بما في الجامع الكبير من قوله ولا ثمة في هذا ، ففهموا أن وجه عدم الثمة فيه ثبوته بالمعاينة وليس كذلك ، بل وجه ذلك وجوب الضمان على المقر سواء صدق في إقراره أم كذب لأنه مات مجهلا كما هو الظاهر من التنوير المذكور فيه . ثم إن صاحب العناية لم يصب أيضا في تحرير هذا المقام حيث ذكر المسئلة المذكورة مع تعليلها المذكور في الجامع الكبير عند تقرير دليل الشافعي ، مع أن التعليل المذكور حجة على الشافعي لا له ، وإنما الصواب أن يذكر مضمون ذلك التعليل ها هنا على وجه الجواب من قياس الشافعي ما نحن فيه على تلك المسئلة المذكورة كما ذكره غيره (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين ») رواء الدارقطني في سننه عن نوح بن دراج عن أبيان بن ثعلب عن جعفر بن محمد عن أبيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين » قال خمس الأئمة السرخسي في مبسوطه : وحجنتنا في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين » إلا أن هذه الزيادة شاذة غير مشهورة ، وإنما المشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما : إذا أقر الرجل في مرضه يدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله ، وإن أقر لوارث فهو باطل إلا أن يصدق له الورثة . وبه أخذ علمائنا ، وقول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس انتهى . وقال صاحب البدائع بعد ذكر قول ابن عمر : ولم يعرف له فيه مخالف من الصحابة فيكون إجماعا انتهى . أقول : كل واحد من الحديث الذي رواه الدارقطني عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والأثر الذي روى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما إنما يدل على بطلان إقرار المريض لوارث بالدين بدون تصديق الورثة ، ومستلطنا تم بطلان إقراره له بالدين وبالعين كما صرحوا به ، فكان الدليل قاصرا عن إفادة تمام

كما إذا أودع أباه ألف درهم بمعاينة الشهود ، فلما حضرت الوفاة الأب قال استهلكها ومات وأنكر بقية الورثة فإن إقراره صحيح والألف من تركته للابن المقر له خاصة ، لأن تصرف المريض إنما يرد للثمة ولا ثمة ها هنا ، ألا ترى أنه إن كذبناه فإت وجب الضمان أيضا في تركته لأنه مات مجهلا (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين ») وهو نص في الباب ، لكن خمس الأئمة قال : هذه الزيادة غير مشهورة ، والمشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما ، وأراد به ما روى عنه : إذا أقر الرجل في مرضه يدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله ، وإن أقر لوارث فهو باطل إلا

لوجوب كما يفهم من تقرير دليله المذكور في أول الباب ، ولعل فيه قولين من الشافعي كما من أصحابنا أو يقدر المضاف هناك ، والمضى لاستواء سببي ظهورها (قوله ألا ترى أنه إن كذبناه فإت وجب الضمان) أقول : وبهذا خرج الجواب من قياس الشافعي على النزاع بالإقرار باستهلاك ودية معروفة الوارث فلا يناسب ذكره في تقرير دليله (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية لوارث » والحديث أقول : رواء الدارقطني ، كذا قال الإجماع قال : هذه الزيادة البغ) أقول : يعني في المبسوط (قوله وأراد به لنين) أقول : يعني أراد يقول ابن عمر رضي الله عنهما .

ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا، ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقين ، ولأن حالة الممرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق ،

المريض ، اللهم إلا أن يلتزم ذلك بناء على إفاضة الدليل العقلي الآتي كلية المدعى فتأمل (ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع) أي المريض (من التبرع على الوارث) كالوصية والمهبة له (أصلا) أي بالكلية (ففي تخصيص البعض به) أي في تخصيص بعض الورثة بماله (لإبطال حق الباقين) أي إبطال حق باقي الورثة وهو جور عليهم فيرد وتذكر هاهنا ما ورد عليه من الإشكال بالإقرار في المرض بوارث آخر وجوابه ، فإننا قد ذكرناهما فيها مرتقلا عن المبسوط والأمراء . فإن قيل : حق الورثة إنما يظهر بعد الفراغ من حاجته ، فإذا أقر بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لأن العاقل لا يكذب على نفسه خرافا ، وبالمريض ترداد جهة الصدق لأن الباحث الشرعي ينضم إلى العقلي فيبحثه على الصدق . قلنا : الإقرار للوارث إيصال نفع إليه من حيث الظاهر ، وفيه إبطال حق الباقين ، وجوب الدين لم يعرف إلا بقوله وهو متهم فيه بجواز أنه أراد الإثبات بهذا الطريق حيث حجب عنه بطريق الوصية فوجب أن توقف صحته على رضا الباقين دفعا للروشة والعداوة ، بخلاف الأجنبي لأنه غير متهم فيه لأنه يملك إيصال النفع إليه بطريق الوصية ، وكل تصرف يتمكن المرء من تحصيل المقصود به إنشاء لاتمكن التهمة في إقراره ، كذا في الكفاية ومراجع الدرایة (ولأن حالة المرض حالة الاستغناء) من المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاؤ الآمال ، وكل ما هو كذلك فالإقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمة تخصيصه (والقرابة) تمنع من ذلك لأنها (سبب التعلق) أي سبب تعلق حق الأقرباء بالمال ، وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا تخصيص ، وعلى هذا التقرير الذي هو مختار صاحب العناية يكون قول المصنف : ولأن حالة المرض حالة الاستغناء الخ دليلا مستقلا عن أصل المسئلة وهو الظاهر من أسلوب محمديه . وقال بعض الفضلاء : قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء عطف على قوله ولهذا يمنع الخ فإنه كان دليلا لأنها وهذا دليل على انتهى . أقول : لا يلزم على ذي فطرة سليمة أن تقدم قوله في تخصيص البعض به إبطال حق الباقين يأتي عن ذلك جدا ، لأن قوله لأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه مقدمة لدليل أصل المسئلة ، وقوله في تخصيص البعض به إبطال حق الباقين مقدمة أخرى له مربوطة بالأولى ، ولو كان قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء معطوفا على قوله ولهذا يمنع من التبرع لكان دليلا على المقدمة الأولى كالمعطوف عليه فيلزم توسط المقدمة الثانية بين دليل المقدمة الأولى ، ولا يخفى ما فيه ، نعم يصلح قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق لأن يكون دليلا على قوله ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه لولا توسط قوله في تخصيص البعض به إبطال حق الباقين ، وعن هذا قال في الكافي ، ولأنه أثر بعض ورثته بشيء من ماله بعد تعلق حق الكل بما له فيرد كما لو أوصى له بشيء من ماله ، وهذا لأن حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور آثار الموت فيها ، والظاهر أن الإنسان يحتاج إلى ماله لانتهاؤ آماله عند إقباله على الآخرة فيظهر عند استغناء حق أقربائه ولهذا منع من التبرع على واره أصلا فلم يصح إقراره للوارث لأنه يوجب إبطال حق الباقين انتهى . وقال في التبيين : ولأن فيه إبطار

أن يصدقه الورثة . وبه أخذ علماؤنا ، لأن قول الواحد من فقهاء الصنحابة عندنا مقدم على القياس (ولأن حق الورثة تعلق بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا ، ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقين) وتذكر ما أوردنا بالإقرار بوارث آخر وما أجابنا به عنه (ولأن حالة المرض حالة الاستغناء) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاؤ الآمال ، وكل ما هو كذلك فالإقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمة تخصيصه (والقرابة) تمنع من ذلك لأنها (سبب تعلق حق الأقرباء

(قال المصنف : ولهذا يمنع من التبرع الخ) أقول : متنا كليا لا بالهبة ولا بالوصية ولا من الثلث ولا بما زاد ، فإنه إذا لم يوص بالثلث يتعلق به حق الوارث أيضا تدبر (قال المصنف : في تخصيص البعض به الخ) أقول : للظاهر أن يقال وفي الواو (قال المصنف : ولأن حالة المرض الخ) أقول : عطف على قوله ولهذا الخ فإنه كان دليلا لأنها وهذا دليل على (قوله يورث تهمة تخصيصه) أقول : بجواز أنه أراد الإثبات بهذا الطريق حيث حجب عنه بطريق الوصية .

إلا أن هذا التعلق لم يظهر في حق الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في الصحة ، لأنه لو انحصر عن الإقرار بالمرض بمنع الناس عن المعاملة معه ، وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضا ، ثم هذا التعلق حق ببقية الورثة ، فإذا صدقوه فقد أبطلوه فيصبح إقراره . قال (وإذا أقر لأجنبي جاز وإن أحاط بماله) لما بينا . والقياس أن لا يجوز إلا في الثلث

بعض الورثة بماله بعد تعلق حتى جميعهم به فلا يجوز لما فيه من إبطال حق البقية كالوصية وإنما تعلق حقهم به لاستثنائه عنه بعد الموت فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لو رثته كما لا يتمكن منه بالوصية لم انتهى ، تبصر (إلا أن هذا التعلق) أي تعلق حق الورثة بمال المريض في حالة المرض (لم يظهر في حق الأجنبي) حيث لم يمنع إقرار المريض لأجنبي (لحاجته) أي لحاجة الإنسان (إلى المعاملة مع الناس) في الصحة (أي في حالة الصحة ، فلو لم يصح إقراره بالكلية في حالة المرض لم تقض حاجته في حالة الصحة) لأنه لو انحصر عن الإقرار بالمرض بمنع الناس عن المعاملة معه في الصحة بناء على جواز أن يعرضه المرض فتختل مصالحه فيقع في الحرج وهو مدفوع شرعا . ولما استشر أن يقال الحاجة موجودة في حق الوارث أيضا لأن الناس كما يعاملون مع الأجنبي يعاملون مع الوارث أجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لأن المعاملة للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لأنه يستحي من المماكة معه فلا يحصل الربح (ولم يظهر) أي وكذا لم يظهر هذا التعلق (في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضا) أي حاجة الإنسان إلى الإقرار بالوارث أيضا لأن الإقرار بالنسب من حوائجه الأصلية لأنه يحتاج إلى إبقاء نسله فلا يتحجر عنه لحق الورثة (ثم هذا التعلق) أي تعلق حق الورثة بمال المريض في مرضه (حق ببقية الورثة ، فإذا صدقوه) أي إذا صدق بقية الورثة المقر لوارث (فقد أبطلوه) أي أبطلوا حقهم (فيصبح إقراره) وهذا الكلام من المصنف بيان لوجه الاستثناء الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله (إلا أن تصدقه فيه بقية الورثة) (وإذا أقر لأجنبي جاز وإن أحاط بماله لما بينا) إشارة إلى قوله (ولأن قضاء الدين من الخواجج الأصلية كما ذهب إليه صاحب معراج الدراية وصاحب العناية ، وإلى قوله لأنه لو انحصر عن الإقرار بالمرض بمنع الناس عن المعاملة معه كما ذهب إليه صاحب غاية البيان وتبهم الشارح العيني . وفي العناية : وكانت المسئلة معلومة مما تقدم إلا أنه ذكرها تمهيدا للذكر القياس والاستحسان (والقياس أن لا يجوز إلا في الثلث) وهو مذهب

بالمال (وتعلق حقهم به بمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا تخصيص) إلا أن هذا التعلق لم يظهر في حق الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في حالة الصحة ، لأنه لو انحصر عن الإقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه) فإن قيل : فالحاجة موجودة في حق الوارث أيضا لأن الناس كما يعاملون مع الأجنبي يعاملون مع الوارث أجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لأن البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لأنه يستحي من المماكة معه فلا يحصل الربح (و) لهذا (لم يظهر في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضا) وهو السؤال المذكور آنفا (ثم هذا التعلق حق ببقية الورثة ، فإذا صدقوه فقد أبطلوه فصيح الإقرار) قال (وإذا أقر لأجنبي جاز البتة) (وإذا أقر المريض لأجنبي صح وإن أحاط بماله لما بينا أن قضاء الدين من الخواجج الأصلية ، وكانت المسئلة معلومة مما تقدم إلا أنه ذكرها تمهيدا للذكر القياس والاستحسان ، فإن القياس لا يقتضي جوازه إلا بمقدار الثلث لأن الشرع قصر تصرفه عليه كما مر ، إلا أننا قلنا لما صح إقراره في الثلث كان له التصرف في الثلث الباقي ، لأن الثلث بعد الدين محل التصرف فنفذ الإقرار في الثلث الثاني ثم وثم إلى أن يأتي على الكل . فإن قيل : للمريض حق التصرف في ثلث ماله بدون إجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله صح له التصرف في ثلث الباقي لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته في ثلثه أيضا ثم وثم إلى أن يأتي على الكل . فالجواب أن الثلث بعد الدين محل التصرف للمريض ، فكما أقر بدين انتقل محل التصرف إلى ثلث ما بعده ، وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض وصية بل الثلث

(قوله كما مر) أقول : في آخر الصحيفة السابقة .

لأن الشرع قصر تصرفه عليه : إلا أنا نقول : لما صح إقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لأنه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل. قال (ومن أقر لأجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل إقراره ، فإن أقر لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها) ووجه الفرق أن دعوة النسب تستند إلى وقت العاوق فبين أنه أقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجة لأنها تقتصر على زمان الزوج فبقي إقراره لأجنبية :

بعض الناس كما ذكر شيخ الإسلام في مبسوطه (لأن الشرع قصر تصرفه) أي تصرف المريض (عليه) أي على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ، ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ إلا في الثلث ، فكذا الإقرار وجب أن لا ينفذ إلا في الثلث ، كذا قالوا . أقول : لقال أن يقول : الشرع إنما قصر على الثلث تصرفه الذي لم يكن من الخواص الأصلية دون مطلق التصرف ، وإلا لزم أن لا ينفذ تصرفه في نحو عين الأضحية والأدوية إلا في مقدار الثلث ولم يقل به أحد. وقد تقرر فيما مر أن قضاء الدين من الخواص الأصلية فلم يجر القياس المذكور في الإقرار بالدين ، اللهم إلا أن يدعي أن كون قضاء الدين من الخواص الأصلية على موجب الاستحصان أيضا دون القياس (إلا أنا نقول) في وجه الاستحصان (لما صح إقراره في الثلث) لانتهاء التهمة من إقراره في ذلك القدر لعدم تعلق الورثة به (كان له التصرف في ثلث الباقي لأنه الثلث بعد الدين) والثلث بعد الدين محل التصرف قطعاً فينفذ الإقرار في الثلث الثاني (ثم وثم حتى يأتي على الكل) كذا في الإيضاح وعامة المتبورات . أقول : فيه شيء ، وهو أن الإتيان على الكل غير متصور في الوجه المزبور ، أما على القول بالجزء الذي لا يتجزأ كما هو مذهب المشككين فظاهر ، لأن التظليل إذا انتهى إلى ثلاثة أجزاء فأخرج منها أحدها وبقي الجزءان امتنع بعد ذلك إخراج الثلث من ذينك الجزءين الباقيين لعدم إمكان التجزؤ في شيء منهما ، وأما على القول بإمكان القسمة إلى غير النهاية كما هو مذهب الحكماء فكل ذلك ، لأن الثلث في كل مرتبة لا يحتمل أن يكون عين الكل القطع بمغايرة الجزء للكل . لا يقال : مرادهم الإتيان على قريب من الكل لأجل الكل حقيقة . لأننا نقول : فحينئذ لا يتم التقريب لأن للدعي جواز الإقرار لأجنبي وإن أحاط بكل ماله حقيقة تدبر ، ونقض الوجه المذكور بالصحة بجميع ماله إذا لم يكن عليه دين ، فإنها لا تجوز عند تحقق الورثة مع جريان الطريق المزبور فيها ، لأن المريض له حق التصرف في ثلث ماله بدون إجازة الورثة ، فلما صح تصرفه في ثلث ماله كان له التصرف في ثلث الباقي ، لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته في ثلثه أيضا ثم وثم إلى أن يأتي على الكل . وأجيب بأن الثلث بعد الدين محل تصرف المريض ، فلما أقر بدين التقل محل التصرف إلى ثلث ما بعده ، وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض وصية ، وإنما محل الوصية ثلث المصروع لاخير فافترقا (قال) أي القدر الذي في مختصره (ومن أقر لأجنبي) في مرضه بماله (ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه) أي ثبت نسب المقر له من المقر (وبطل إقراره) بالمحال (فإن أقر لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها) بخلاف الهبة والوصية حيث بطلت لها أيضا . وقال زفر : بطل الإقرار لها أيضا لأنه وارثة له عند الموت فحصلت التهمة وهي المتعثر في الباب ، ولنا ما ذكره المصنف بقوله (ووجه الفرق) أي بين المستثنين (أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلوق فبين أنه أقر لابنه فلا يصح) يعني أن النسب إذا ثبت ثبت مستندا إلى وقت العلوق فبين بذلك أن إقرار المريض وقع لوارثه وذلك باطل (ولا كذلك الزوجة لأنها تقتصر على زمان الزوج) يعني أن الزوجة إذا ثبتت ثبتت مقصورة على زمان العقد (فبقي إقراره لأجنبية) فيصح بخلاف الهبة والوصية لأن الوصية تمليك بعد الموت وهي وارثة حينئذ. والهبة

مهما ليس إلا فافترقا (قال) (ومن أقر لأجنبي الخ) المقر له إما أن لا يكون وارثا لمريض أو يكون وارثا ، والوارث إما مستمر أو غير مستمر ، وغير المستمر إما أن يكون وارثا حالة الإقرار غير وارث حالة الموت لحجب أو لغيره ، وإما أن يكون وارثا حالة الموت غير وارث حالة الإقرار لحجب أو لغيره ، وما لغيره فلما أن يكون سبب الإرث مما يستند إلى وقت العلوق أولا ،

(قوله وما غيره) أقول : أي لغير المحجب (قوله وإما أن يكون) أقول : معطوف على قوله وإما أن يكون وارثا حالة الموت وهذا

قال (ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الأكل من الدين ومن ميراثها منه)

في المرض في حكم الوصية على ما يأتي بيانه . وفي وصايا الجاهل الصغير : ولو أن المريض أقر بدين لابنه وهو نصراني أو عديم ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل بالإقرار باطل لأنه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التي صار بها وارثا في ثاني الحال ، وليس هذا كالكلي أقر لأمه لأنه تزوجها لأن سبب التهمة لم يكن هناك قائما وقت الإقرار انتهى (قال) أي القنودري في مختصره (ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الأكل من الدين ومن ميراثها منه) أي من الزوج . قال الإمام الزيلي في شرح الكنز : هذا إذا طلقها بسؤالها ، وإن طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ، ولا يصح الإقرار لها لأنها وارثة إذ هو فارق وقد بيناه في طلاق المريض انتهى . وقال نجم الدين الزاهد في شرح مختصر القنودري وفي بعض النسخ والشروح : ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا بسؤالها ثم أقر لها بدين وبالموضعان صحیحان والحكم فيهما واحد على ما قرره في الجاهل والجهيل غير أنه لو لا الإقرار ، ففي الوضع الأول ترثه إذا مات في العدة ، وفي الوضع الثاني لا ترثه ، ومع هذا إذا أقر لها بدين فلها الأكل من الدين ومن الميراث ، انتهى كلامه . أقول : قد اختلف رأيهما في استخراج هذا المقام . والذي يطابق ما مر في كتاب الطلاق من هذا الكتاب ما ذكره الزيلي فإنه قال هناك وإن طلقها ثلاثا في مرضه بأمرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأكل من ذلك ومن الميراث ، فكانت المسئلة مقيدة هناك بما قيده الزيلي هاهنا ، ولا يرى للتقييد فائدة سوى الاحتراز عما إذا طلقها بغير أمرها ، ثم إن تثبت عامة المعتبرات حتى الجاهل والجهيل ولم أظفر في شيء منها بكون الحكم واحدا في الموضعين المذكورين ، بل أبينا وجعلت المسئلة المربورة مذكورة مع الحكم المسفور وجعلتها مقيدة بكون الطلاق بسؤال المرأة أو بأمرها ، فالظاهر ما ذكره الزيلي . وأما عدم تعرض المصنف وصاحب الكافي وكثير من الشراح هاهنا للتقييد المذكور فيجوز أن يكون بناء على ظهوره مما صرح به في كتاب الطلاق . ثم إن صاحب الغاية من الشراح وإن قيد المسئلة هاهنا أيضا بالتقييد المذكور إلا أنه فسرها حيث جعلها مثالا لما إذا كان المقر له وارثا حالة الإقرار دون الموت فغيرها عن وضعها المذكور في الكتاب فقال : كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها وقد أقر لها بدين فلها الأكل من الدين والميراث ،

وإما أن يكون : أي غير المستمر وارثا في الحالين غير وارث بينهما ، فذلك ثمانية أوجه : فلها لم يكن أصلا صحيح إقراره بالإجماع ، وفيما كان وارثا استمرارا لا يصبح بالإجماع ، وفيما كان وارثا حالة الإقرار دون الموت ، فإن كان الانقضاء لحجب كما إذا أقر لأخيه وهو وارث ثم ولد له ولد أو أسلم الولد الكافر أو أعتق الرقيق صحح الإقرار باتفاق بين أصحابنا لأن الوراثة بالموت ، فإذا لم يكن حنده وارثا كان كالأجنبي ، وإن كان لغيره : أي لغير الحجب كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها وقد أقر لها بدين فلها الأكل من الدين والميراث لوجود تهمة الإيثار بقيام العدة فلم يستقل ميراثها ، وباب الإقرار للوارث مسدود فأقدم على الطلاق ليصح الإقرار بزيادة على ميراثها ، ولا تهمة في الأكل فيثبت ، وفيما إذا كان وارثا حالة الموت دون الإقرار ، فإن كان لحجب كما إذا أقر لأخيه وله ابن ثم مات الابن يطل إقراره ، بخلاف لزوم اعتبار حالة الإقرار لأنه موجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح كما إذا أقر لأجنبي ثم تزوجها . قلنا : الإقرار للوارث لا يصح ، وقد تبين بموت الحجاب وراثته فيبطل إقراره ، بخلاف الأجنبية فلها لم تكن وارثة قبل الزواج وإن كان لغيره وقد استند السبب ، كما إذا أقر لأجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فيبطل إقراره إن لم يستند ، كما إذا أقر لأجنبي ثم تزوجها لم يبطل . والفرق أن بالمستند تبين كون الإقرار للوارث ، بخلاف غيره ، وفيما كان وارثا في الحالين دون الوسط كما إذا أقر زوجته ثم أبانت ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات

القول معطوف على قوله إما أن يكون وارثا حالة الإقرار (قوله كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها) أقول : لا بد من التأمل في أن الصورة المذكورة في الكتاب بقوله : ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر له في أية هذه الصورة يتدرج فلها لم تتدرج فيما ذكره الفارح لكان ثم في عبارة الكتاب وللمذكور في الفرح لما كان المقر له وارثا حال الإقرار (قوله كما إذا أقر لأجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فيبطل إقراره) أقول : والإقرار لابن المحرم إذا أسلم أو عتق بعد الإقرار من هذا القبيل حنده على ما مضى في كتاب الوصية .

لأنهما متهما فيه لتقيام العدة، وباب الإقرار مسدود للوارث فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصبح إقراره لما زيادة على ميراثها ولا تهمة في أقل الأمور فيثبت .

(فصل)

(ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف أنه ابنه وصداقه الغلام ثبت نسبه منه وإن كان رقيقاً) لأن النسب مما يلزمه خاصة فيصيح إقراره به، وشرط أن يولد مثله لمثله كى لا يكون كذباً في الظاهر، وشرط أن لا يكون له نسب معروف لأنه يمنع ثبوته من غيره، وإنما شرط تصديقه لأنه في يد نفسه إذا المسئلة في غلام يعبر عن نفسه،

والمدكور في الكتاب : ثم أقر لها وبينهما بون لا يحنى . قال المصنف في تعليل مسألة الكتاب (لأنهما) أى الزوجين (متهما فيه) أى في هذا الإقرار (لتقيام العدة) أشار بهذا إلى أن وضع المسئلة فيها إذا كان موت المقر قبل انقضاء العدة، وأما إذا كان موته بعد انقضائها لإقراره لما جاز (وباب الإقرار مسدود للوارث، فلعله) أى فعل الزوج (أقدم على هذا الطلاق ليصبح إقراره لما زيادة على ميراثها) فلو ثبت التهمة في إقراره (ولا تهمة في أقل الأمور فيثبت) أى أقل الأمور . قلل علماء الدين الإسبيجاني في شرح الكافي : ولو أقر لامرأته بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها ونحوها "غرماء الصحة" لأنه أقر بما يملك لإنشاده فأنعمت التهمة، ولو أقرت المرأة في مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لأنها أقرت بدين الزوج، لأن القبض يوجب مثل المقبوض في الة ثم يلتزم بقصاصا، والإقرار بالدين للوارث لا يصح انتهى . وفي الفتاوى الصغرى : المريضة إذا أقرت باستيفاء مهرها، فإن ماتت وهي منكوحة أو معتدة لا يصح إقرارها، وإن ماتت غير منكوحة ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول يصح .

(فصل في بيان الإقرار بالنسب)

قدم الإقرار بالمسال على الإقرار بالنسب لكثرة وقوع الأول وقلة وقوع الثاني، ولا ريب في أن ما هو كثير الدوران أهم بالبيان، وإنما أورد الثاني بفصل على حدة لافتراده ببعض الشروط والأحكام كما سيظهر (ومن أقر بغلام يولد مثله) أى مثل ذلك الغلام (لمثله) أى لثلث المقر : يعنى هما في البن بحيث يجوز أن يولد المقر له للمقر (وليس له) أى للغلام (نسب معروف) بل كان مجهول النسب (أنه ابنه) أى أقر أنه ابنه (وصداقه الغلام) أى فيها إذا كان يعبر عن نفسه، وأما إذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه كما صرحوا به قاطبة (ثبت نسبه منه) جواب المسئلة : أى ثبت نسب الغلام من المقر (وإن كان) المقر (مريضاً) إلى هنا لفظ القدورى في مختصره . قال المصنف في تعليل المسئلة (لأن النسب مما يلزمه خاصة) يعنى أن النسب في الصورة المذكورة مما يلزم المقر خاصة ليس فيه حل النسب على الغير (فيصح لإقراره به) وإن كان مريضاً لأن إقرار المريض إنما لا يصح فيما فيه التهمة لحنى الغير ولا تهمة هاهنا (وشرط أن يولد مثله لمثله كى لا يكون مكذباً في الظاهر) فلا يصح إقراره (وشرط أن لا يكون له نسب معروف لأنه) أى لأن كون نسبه معروفاً (يمنع ثبوته من غيره) لأن النسب لا يقبل النسخ بعد ثبوته (وإنما شرط تصديقه) أى تصديق الغلام (لأنه في يد نفسه إذا المسئلة في غلام يعبر عن نفسه) وإذا

بطل الإقرار عند أبي يوسف، وجاز عند محمد وهو القياس، لأنها تراث بسبب حادث بعد الإقرار فلا يؤثر فيما قبله فيما لم يكن ليس بمسئد . كما إذا أقر لشخص في مرضه ثم صبح ثم مرض فمات. ووجه قول أبي يوسف وهو الاحتسبان أن الإقرار للوارث باطل لهمة الإقرار، فإذا وجد سبب الورثة عند الإقرار وجبت التهمة والعتد المتجدد قائم مقام الأول في تقرير صفة الورثة عند الإقرار، لأن التهمة لم تكن مقررة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الإقرار .

(فصل)

(فصل ومن أقر بغلام)

بخلاف الصغير على ما مر من قبل ، ولا يتمتع بالمرض لأن النسب من الخواص الأصلية (ويشارك الورثة في الميراث) لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته . قال (ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى) لأنه أقرب مما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير .

كان في يد نفسه يعبر فلا بد من تصديقه لأن الحق له فلا يثبت بدون تصديقه ، كذا ذكر في التبيين . أقول : ينتقض هذا التعليل بالإقرار بغير النسب كالمال ونحوه ، إذا لا يشترط في لزوم ما أقرب به هناك تصديق المقر له ، ولكن يرد التعليل بإقرار برده على ما تقرر في مصدر كتاب الإقرار مع جريان أن يقال في ذلك أيضا إن الحق له فينبغي أن لا يثبت بدون تصديقه . وقال في البدائع : لأن إقراره يتضمن إبطال يده فلا يبطل إلا برضاه انتهى . أقول : تضمن الإقرار بالنسب إبطال يد المقر له محل المنع فتأمل . وقال في التيسيل : لما فيه من إلزام حقوق النسب فلا يلزمه إلا بالترامه انتهى . أقول : هذا أظهر الوجه وهو الحق عندي ، إذ لاشك أنه يترتب على ثبوت النسب حقوق كثبوت الإرث ولزوم الثقة وما أشبههما وفي بعضها مشقة على المقر له ، ففي الإقرار بالنسب إلزام تلك الحقوق فلا بد من التزام المقر له إياها حتى لا يتضرر ، بخلاف الإقرار بالمال ونحوه إذ هو نفع محض للمقر له ففيه بد من الترامه (بخلاف الصغير) الذي لا يجبر عن نفسه لأنه في يد غيره فلا يشترط تصديقه (على ما مر من قبل) أي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى (ولا يتمتع بالمرض) أي لا يتمتع بالإقرار بالنسب بسبب المرض (لأن النسب من الخواص الأصلية) فصار كالنكاح بمهر المثل (ويشارك الورثة في الميراث) هذا من تمة كلام القدوري في مختصره ، أي ويشارك الغلام المقر له بالبنوة سائر الورثة في ميراث المقر . قال المصنف في تعليقه (لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته) أي ورثة المقر بالنسب (قال أي القدوري في مختصره) ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد) أي بالشرائط التي مر بيانها كما صرح به في الكافي ومعراج الدواية وسائر المعتمديات . أقول : لا يذهب عليك أن المسئلة المتقدمة مندرجة في هذه المسئلة ، إذ لا يدل عليها صراحة قوله ها هنا والولد ، فإذا كانت الشرائط المعتمدة هناك معتبرة ها هنا أيضا لم يكن لذكر تلك المسئلة فيها قبيل على الاستقلال كما وقع في مختصر القدوري وعامة المتون فائدة يعتد بها كما لا يخفى ، ولهذا لم يقع كذلك في الأصل والمحيط وعامة معتبرات الفتاوى (والزوجة) أي ويجوز إقرار الرجل بالزوجة ، ولكن يشترط ها هنا أن تكون المرأة خالية عن زوج آخر وعنده ، وأن لا تكون تحت مقر أعنها ولا أربع سواها ، نص عليه في الكافي والشرح (والمولى) أي ويجوز إقراره بالمولى ، يعني مولى العتاقة سواء كان أهلي أو أسفلي هذا إذا لم يكن ولاؤه ثابتا من الغير ، لأن الولاء بمنزلة النسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الإقرار بالنسب فكذلك في الولاء ، كذا في النخوة وغيرها . قال صاحب النهاية : اعمل أن هذا الذي ذكره ها هنا من صحة إقرار المقر بالألم حيث قال بالوالدين موافق لرواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للإمام سراج الدين والمصنف ومختلف لعامة النسخ من الميسر والإيضاح وإجماع الصغير للإمام الهبوبي وغيرها ، والله تعالى أعلم بصحته ، انتهى كلامه ، قال المصنف في تعليقه مسألة الكتاب (لأنه أقرب مما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير) فيتحقق المتقضى وانقضى المانع فوجب القول بجوازه . قال صاحب العناية وهذا الدليل كما ترى يدل

ذكر الإقرار بالنسب في فصل على حدة بعد ذكر الإقرار بالمال لقلته . ولصحة الإقرار بالولد ثلاث شرائط : أن يكون يؤلف مثله لثله لكي لا يكون مكذبا في الظاهر . وأن لا يكون الولد ثابت النسب ، إذ لو كان لا يتمتع بثبوته من غيره . وأن يصدق المقر في إقراره إذا كان يعبر عن نفسه ، لأنه في يد نفسه ، بخلاف الصغير الذي لا يجبر عن نفسه على ما مر في باب دعوى النسب ، ولا يتمتع بالإقرار به بسبب المرض لأن النسب من الخواص الأصلية وهو يلزمه خاصة ليس فيه تحميله على الغير فيثبت ، وإذا ثبت كان كالوارث المعروف فيشارك ورثته . قال (ويجوز إقرار الرجل بالوالدين الخ) هذا بيان ما يجوز الإقرار به وما لا يجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى ، يعني مولى العتاقة سواء كان أهلي أو أسفلي جائز سواء كان

(قوله لثله) أقول : هذا وجه التبايع ، وأما وجه ذكره في فصل على حدة فلم يتعرض له لظهوره (قال المصنف : ويجوز إقرار الرجل الخ) أقول : وفيه بحث ، فإن الإقرار بأموعة للمرأة فيه تحميل النسب على زوجها فينبغي أن لا يقبل ، فإن فيه بعدم الزوج لم يبق فرق بينه

(ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى) لما بينا (ولا يقبل بالولد) لأن فيه تحميل النسب

على صحة إقراره بالألم كصحته بالأب . ثم قال : قال صاحب النهاية : والله تعالى أعلم بصحته ، وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور انتهى . يعني أن صحته مقررة بدلالة الدليل المذكور عليها فلا وجه لرد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله : والله تعالى أعلم بصحته . أقول : فيه بحث ، أما أولاً فلأن دلالة الدليل المذكور على صحة إقراره بالألم ممنوعة ، فإن من شرائط صحة إقراره بالألم تصديق الأم بإياه ، وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز . ولهذا لا يقبل إقرار الأم بالولد باضاف الروايات كما سيأتي ، فإذا لم يميز تصديقها بإياه لم يميز إقراره بها لاستنزام انتفاء الشرط انتفاء المشروط وأما ثانياً فلأن تردد صاحب النهاية في صحة إقراره بالألم إنما نشأ مما صرح به في عامة الروايات بأن إقرار الرجل يصح بأربعة نفر بالأب والابن والمرأة ومولى العتاقة ، وذكر العدد يمنع الزيادة والتقصان على ما عرفت في الأصول ، فلما لم يميز لإقراره بالألم على مقتضى ما ذكر في تلك الروايات جاز أن يكون دليل ذلك أقوى من الدليل المذكور في الكتاب للموازاة فإن الدليل المذكور هو القياس الجلي ، وجاز أن يكون دليل عدم إجماعه النص أو الإجماع أو القياس الخفي الذي هو الاستحسان ، وبكل واحد منها يترك القياس الجلي ، وإن كان دليل ذلك هو القياس الجلي أيضاً فلا أقل من المساواة ، وعدم اطلاصنا على دليل ذلك لا يقتضي عدم ثبوته عند المهتدين ، فالمدار في صحة أحد إجماعين صحة النقل عنهم لا غير فأمثل . واعترض بعض الفضلاء على مسئلة الكتاب والدليل المذكور فيه بأن الإقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير إذا كانت متزوجة فينبغي أن لا يقبل ، فإن قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين إقرارها بالولد ، فإن إقرارها بالولد يصح أيضاً إذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لإثبات هذا ونفي ذلك انتهى . أقول : لانسل أن الإقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير وإن كانت متزوجة ، بل فيه تحميل أبوة الزوج أيضاً بناء على كونه الأصل في النسب ، فكانه أمر على نفسه بالاتساق إليه أيضاً ، وعن هذا قالوا في الإقرار بالأب صراحة إن المقر بالأب أئزم نفسه بالاتساق إليه ، ولم يقل أحد إن فيه تحميل نسب نفسه على الغير ، بخلاف إقرار المرأة بالولد فإن فيه تحميل نسب الغير على الغير وهو نسب الولد على الزوج ، والإقرار الذي فيه حمل نسب الغير على الغير إقرار على غيره لا على نفسه ، فكانه دعوى أو شهادة ، والدعوى المفردة ليست بحجة ، وشهادة المفرد فيها يطلع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة ، كذا في البدائع وغيره (ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا) أنه أمر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ، والأنوثة لا تمنع صحة إقرارها على نفسها ، ويستوى في صحة الإقرار بالأشياء المذكورة حالة الصحة ، وحالة المرض لأن حالة المرض إنما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرام بالورثة بالتركة ، لما لا يتعلق به حق الغرام والورثة كان الإقرار به في الصحة والمرضى سواء ، والنسب والنكاح والولاء لا يتعلق به حق الغرام والورثة ، كذا في المبسوط (ولا يقبل) أي لا يقبل إقرار المرأة (بالولد) وإن صدقها (لأن فيه) أي في إقرارها بالولد (تحميل النسب) أي تحميل نسب الولد

إقراره بولائه في حالة الصحة أو المرض ، لأنه أمر بما يلزمه ، وليس فيه تحميل النسب على الغير فتشقق مقتضى وانقضى المانع فوجب القول بجوازه ، وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة إقراره بالألم كصحته بالأب ، وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للإمام سراج الدين والمصنف . والمذكور في المبسوط والإيضاح والجامع الصغير للإمام المحبوبي أن إقرار الرجل يصح بأربعة نفر بالأب والابن والمرأة ومولى العتاقة . قال صاحب النهاية : والله تعالى أعلم بصحته ، وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور ، ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا أنه أمر بما يلزمه الخ . وقال في المبسوط : وإقرار المرأة يصح بثلاثة نفر : بالأب والزوج ومولى العتاقة والأمر في ذلك ما ذكرنا ، ولا يقبل بالولد لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج ، لأن النسب منه ، قال الله تعالى - ادعهم لأبائهم - وعليه الإجماع إلا أن يصدقها الزوج لأن الحق له أو تشهد القابلة

وبين إقرارها بالولاء ، فإنه يصح أيضاً إذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لإثبات هذا ونفي ذلك فليتمل (قوله) ليس فيه تحميل النسب على الغير) أقول : فيه تأمل ، فإن الإقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير إذا كانت متزوجة وإن قيد بعدم الزوج فإقرارها بالولد بهذا القيد صحيح لا وجه قوله ولا يظهر بالولد كما فصلناه في القول السابق .

على الغير وهو الزوج لأن النسب منه (إلا أن يصدقه الزوج) لأن الحق له (أو تشهد بولادته قابلة) لأن قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق ، وقد ذكرنا في إقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ، ولا بد من

(على الغير وهو الزوج لأن النسب منه) أي من الزوج ، قال الله تعالى - ادعوهم لأبائهم - (إلا أن يصدقه الزوج استثناء من قوله ولا يقبل بالولد : يعني إذا صدقها الزوج يقبل إقرارها بالولد (لأن الحق له) أي الزوج فيثبت بتصديقه (أو تشهد بولادته قابلة) أي أولا أن تشهد قابلة بولادته : أي بتولد ذلك الولد من تلك المرأة . وفي بعض النسخ بولادتها أي بولادتها إياه في هذه النسخة أضيف المصدر إلى الفاعل وترك المفعول ، وفي الأولى عكس الأمر (لأن قول القابلة في هذا) أي في هذا الخصوص (مقبول) إذ الفرض أن القرائش قائم فيحتاج إلى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة (وقد مر في الطلاق) أي في باب ثبوت السب عند قوله فإن جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة ، حتى لو نفاه الزوج يلاعن لأن النسب يثبت بالقرائش القائم (وقد ذكرنا في إقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى) من هذا الكتاب ، وذلك التخصيص هو أن إقرارها بالولد إنما لا يصح بدون شهادة قابلة بالولادة إذا كانت المرأة ذات زوج ، وإن كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أي حنفية رحمه الله . وأما إذا لم تكن منكحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها . والأصل في جنس هذه المسائل أن من أقر بنسب يلزمه في نفسه ولا يحمله على غيره ، فإقراره مقبول كما يقبل إقراره على نفسه بسائر الحقوق . ومن أقر بنسب يحمله على غيره فإنه لا يقبل إقراره كما لا يقبل إقراره على غيره بسائر الحقوق ، كذا في شرح الأقطع . فإن قلت : لأي معنى يثبت نسب الولد من الأب دون الأم مع أن الولد ولد منهما ، وما فائدة ثبوت نسبه من الأب دون الأم ، وما فائدة ثبوت النسب من الرجل في الأربعة أو الخمسة المذكورة دون من سواهم مع أن الرجل إذا أقر بالأخ بعد موت أبيه يشاركه في تركه أبيه على ما ساقى في الكتاب ، وكذلك يجب عليه نفقة الأخ المقر له حال حياته كما ذكر في المحيط والخيرة . قلت : أما الأول فلأن الولد منسوب إلى الأب دون الأم لقوله تعالى - ادعوهم لأبائهم - وقوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن - حيث أضاف الولد إلى الأب بلام الملك ولذلك اختص الأب بالنسب . وأما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الأب فهي صحة إقرار الأب بالولد ووجوب نفقة الولد على الأب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه أحد في نسبه . وأما فائدة ثبوت النسب في حق هذه الأربعة أو الخمسة فهي ثبوت على طريق العموم لا على طريق الخصوص : أي أن حقوق المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته . وإن جحد سائر الورثة ذلك ، ويرث من أبي المقر وهو وجد المقر له . وإن كان الجحد يحجب بنته لابنه . وأما في سوا الأربعة أو الخمسة فلما لم يصح إقرار المقر به ظهر أنه في موضعين : أحدهما عدم اعتبار إقراره فيها يلزم غيره من الحقوق ، حتى أن من أقر بأخ وله ورثة سواء يحدون أخوته فإثبات المقر لا يرث الأخ مع سائر ورثته ولا يرث من أبي المقر وأمه ، بخلاف من صح إقراره في حقه كما ذكرناه . والثاني صحة رجوع المقر عما أقر في حق من سوا الأربعة أو الخمسة وعدم صحته في حق هؤلاء ، فإن من أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم رجع عما أقر يصح ، حتى أنه لو أوصى بماله كله لإنسان بعد الإقرار بأخ كان ماله كله للموصى له لأن النسب لما لم يثبت كان إقراره بالأخ وقع باطلا فيصح رجوعه عما أقر وأما أخذ الأخ المقر له تركه المقر عند عدم المأزحم فليس باعتبار صحة الإقرار بالنسب ، بل باعتبار أن ذلك صار بمنزلة الموصى بجميع المال ، وباعتبار أن إقراره حجة في حق نفسه لا في حق غيره ، ولذلك قلنا باستحقاق المقر له النفقة على المقر في حال حياته ، إلى هذا كله أشار في النخيرة وفي الجامع الصغير للإمام الهبوبي . قال المصنف (ولا بد من

بالولادة ، إذ الفرض أن القرائش قائم فيحتاج إلى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق) قوله وذكرنا في إقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى) يريد به أن إقرارها بالولد إنما لا يصح إذا كانت ذات زوج ، وأما إذا لم تكن منكحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها (ولا بد من

تصديق هؤلاء ، ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لأن النسب يبقى بعد الموت ، وكذا تصديق الزوجة لأن حكم النكاح باق ، وكذا تصديق الزوج بعد موتها لأن الإرث من أحكامه . وعند أبي حنيفة لا يصح لأن النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يعمل له غسلها عندنا ، ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه معلوم حالة الإقرار ، وإنما يثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار .

تصديق هؤلاء ، أي لا بد من تصديق المقر لم المذكورين لأنهم في أبدي أنفسهم فيوقف نفاذ الإقرار على تصديقهم ، كذا في الكافي وغيره ، إلا إذا كان المقر له صغيرا في يد المقر وهو لا يعرض نفسه أو عبدا له فيثبت نسبه بمجرد الإقرار ، ولو كان عبدا لذوره يشترط تصديق هؤلاء ، كذا في التبيين (ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر) يعني أن المقر له بالنسب إذا صدق في حال حياة المقر يصح فكذا إذا صدق بعد موته (لأن النسب يبقى بعد الموت) فيصح تصديق المقر له بالنسب بعد موت المقر حتى يثبت به أحكام النسب بأسرها . قال تاج الشريعة : ولا يشكل هذا بإيجاب البائع إذا مات قبل قبول المشتري لأن الإقرار تام في نفسه والتصديق شرط ، فكان كما إذا باع بشرط الخيار للمشتري فمات البائع لا يبطل . أما الإيجاب فمما ليس يتم لأن القبول ركن انتهى (وكذا تصديق الزوجة) أي وكذا يصح تصديق الزوجة زوجها في الإقرار بالزوجة بعد موت الزوج المقر بالاتفاق حتى يكون لها المهر والميراث (لأن حكم النكاح) وهو العدة (باق) بعد الموت فإن العدة واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح ، ألا يرى أنها تفصل بعد الموت لقيام النكاح من وجهه (وكذا تصديق الزوج بعد موتها) أي وكذا يصح تصديق النكاح وهو ما يبقى بعد الموت كالعدة ، وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (وعند أبي حنيفة لا يصح) تصديق الزوج بعد موتها (لأن النكاح انقطع بالموت) حتى يجوز له أن يتزوج أعنها وأربها سواها (ولهذا لا يعمل له غسلها) بعد موتها (عندنا) ولا عدة عليه ليصح باعتبارها كما في العكس (ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث) هذا جواب سؤال مقنن يريد على قول أبي حنيفة . تقريره : سلمنا أن تصديق الزوج إياها بعد موتها لا يصح نظرا إلى انقطاع النكاح بالموت بدليل أن الزوج لا يعمل له أن يغسل زوجته بعد موتها باتفاق أصحابنا ، ولكن لم لا يصح تصديقه إياها بعد موتها نظرا إلى الإرث الذي هو من حق آثار النكاح أيضا ؟ فقال لا يصح التصديق على اعتبار الإرث (لأنه) أي لأن الإرث (معلوم حالة الإقرار) أي حالة إقرار الزوجة بالنكاح (وإنما يثبت) أي الإرث (بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار) قال صاحب العناية : معناه أن التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للإرث فلا يمكن أن يثبت بالإرث انتهى . أقول : لا يبقى على القطن أن معنى كلام المصنف هاهنا أن التصديق يستند إلى أول الإقرار بالنكاح والإرث معلوم في تلك الحالة فلا يمكن اعتبار صحة

تصديق هؤلاء والمرأة شرط صحة تصديقها خلوها من زوج آخر وعديا أن لا تكون أعنها تحت المقر ولا أربع سواها ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لأنه ما يبقى بعد الموت ، وكذا تصديق الزوجة بالزوجة بعد موت الزوج المقر بالاتفاق ، لأن حكم النكاح باق وهو العدة فإنها واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح ، ألا ترى أنها تفصل بعد الموت لقيام النكاح وكذا تصديق الزوج بعد موتها لأن الإرث من أحكام النكاح وهو ما يبقى بعد النكاح كالعدة ، وهذا عندنا . وقال أبو حنيفة : لا يصح لأن النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها ، ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه معلوم حالة الإقرار ، وإنما يثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار ، معناه أن التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للإرث فلا يمكن أن يثبت بالإرث . ولقال أن يعارض فيقول : لا يصح التصديق على اعتبار العدة لأنها معلومة حالة الإقرار ، وإنما يثبت بعد الموت ، والتصديق يستند إلى أول

(قوله معناه أن التصديق الخ) أقول : فيه بحث (قوله ولقال أن يعارض) أقول : علم المعارضة مدفوعة من المصنف ، فإذ لم يبين أن المراتم من حكم النكاح في قوله حكم النكاح باق هو العدة ، فلهذا أراد به مثل حرمة الزوج . زوج آخر وحل غسلها فإذ ثابت في حال النكاح أيضا ، ولم عنه لأمكن أن يقال : أراد بالعدة ما يلزمها من أدلة ما ذكرنا مجازا فلا إشكال .

التصديق باعتبار الإرث المعلوم وقتئذ . وأما المعنى الذى ذكره صاحب العناية، فمع كونه مما لا يساعده عبارة المصنف أصلا ليس بسديد هاهنا . أما أولا فلأنه لم يقل أحد بأن التصديق يثبت بنفس الإرث حتى يتم أن يقال فى الجواب عنه لا يمكن أن يثبت التصديق بالإرث لثبوت الإرث به ، بل قيل صحة التصديق باعتبار مصادفته وقت الإرث الذى هو من آثار النكاح ، ولا يتأنيه ثبوت نفس الإرث بالتصديق . وأما ثانيا فلأن ذلك ينقض بما إذا كان التصديق قبل موتها فإنه يصح اتفاقا لمصادفته وقت ثبوت النكاح مع أنه يجرى أن يقال : إن التصديق هو الموجب لثبوت النكاح فلا يمكن أن يثبت بثبوت النكاح . وأما ثالثا فلأنه يازم حيث أن يكون قول المصنف لأنه معلوم حالة الإقرار ، وإنما يثبت بعد الموت ضامنا مستندرا بخبريان ذلك المعنى . وإن فرض أن الإرث موجود حالة الإقرار ثابت قبل الموت تدبر . وقال صاحب العناية . ولقاتل أن يعارض بقول : لا يصح التصديق على اعتبار العدة لأنها معدومة حالة الإقرار وإنما تثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار ويفسر بما ذكرتم ، ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالإجماع ، فجاز أن يعتبر النكاح المعاین قائما باعتبارها فكذا المقر به ، وأما الإرث فليس ب لازم له بل جواز أن تكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتبارها انتهى كلامه . أقول : جوابه ليس بنام لأن العدة أيضا غير لازمة للبوت عن نكاح عند أبي حنيفة لجواز أن تكون المرأة ذمية مات عنها زوجها الذى أو تكون حربية خرجت إلينا مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية فإنه لأعده عليها فى هذه الصور عند أبي حنيفة رحمه الله إذا لم تكن حاملا كما تقرر فى محله ، والمعارضة المذكورة إنما ترد على قول أبي حنيفة ، فالجواب المزبور لا يدفعها على أصله . ثم إن بعض العلماء قال بعد نقل ما ذكره صاحب العناية فى هذا المقام : الظاهر أن مراد صاحب الهداية أن التصديق يستند إلى حالة الإقرار وفى تلك الحالة لا يجب الإرث بل هو حكم يجب ويثبت بعد الموت ففى مصحح الإقرار مصححا لإثبات الإرث ابتداء فيكون التصديق واقعا فى شيء وهو فى الحال معدوم من كل وجه وهو النكاح ، وأشير إلى هذا فى النهاية فلا ترد المعارضة أصلا لأن وجوب العدة ثابت قبل الموت فلا يكون التصديق واقعا فى نكاح معلوم من كل وجه ، إلى هاهنا كلامه . أقول : نعم أشر إلى ذلك المعنى فى النهاية وغيرها ولكن قوله فلا ترد المعارضة أصلا ممنوع . قوله لأن وجوب العدة ثابت قبل الموت إن أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت فى المعتدة بالطلاق فسلم لكن ذلك لا يجدى نفعا إذ الكلام فى المعتدة بالموت ، وإن أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت فى المعتدة بالموت أيضا فمنوع ، بل وجوبها فى المعتدة بالموت بعد الموت كما لا يخفى وصرح به فى النهاية وغيرها . وقال بعض الفضلاء : هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف لأنه لم يميز أن المراد من حكم النكاح فى قوله حكم النكاح باق هو العدة فلمله أراد به مثل حرمة التزوج بزواج آخر وحل غسلها فإنه ثابت فى حال النكاح أيضا ، ولو عينه لا يمكن أن يقال أراد بالعدة ما يلازمها من أمثال ما ذكرنا مجازا فلا إشكال ، انتهى كلامه . أقول : ما ذكره من مثل حرمة التزوج بزواج آخر وحل غسلها ليس بمحكم مستقل للنكاح بعد الموت بل هو من مخرعات العدة كما لا يخفى على العارفين بالغة ، فإذا لم يصح التصديق على اعتبار العدة لم يصح ذلك على اعتبار ما هو مقرر عليها لأن سقوط الأصل عن حيز الاعتبار يقتضى سقوط الفرع عن حيز ذلك أيضا فالإشكال باق . فإن قيل : إذا أقر رجل لرجل بعبد فبات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الإقرار ثم صدقه المقر له استحق للكسب والإرث فى مستلثنا كذلك . قلنا : الكسب يقع مكانا من الابتداء لسالك الرقبة لأنه فى حكم المنفعة ، ومن ملك رقبة ملك منافعتها حكما لها فيصير الإقرار بالعبد إقرارا بأن للكسب المقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد ، فأما الإرث فلأنما يثبت بعد موت المرأة على سبيل الخلقة هنا بسبب الزوجية لا بحكم الإقرار ، والمستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فيبقى تصديقها بعد ذلك دعوى إرث مبتدأ ، كذا فى الأسرار والإيضاح وغيرها

الإقرار ويفسر بما ذكرتم . ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالإجماع فجاز أن يعتبر النكاح المعاین قائما

قال (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الأخ والعلم لا يقبل إقراره في النسب) لأن فيه حل النسب على الغير (فإن كان لموارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقر له) لأنه لما لم يثبت نسبه منه لا يراحم الوارث المعروف (وإن لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه) لأن له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث؛ ألا يرى أن له أن يوصي بجميعه فيستحق جميع المال وإن لم يثبت نسبه منه لما فيه من حل النسب على الغير، وليست هذه وصية حقيقة حتى أن من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال خاصة ولو كان الأول وصية لاشتركا نصفيين لكنه بمنزلة، حتى لو أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر ورأته ثم أوصى بماله كله لإنسان كان ماله للموصى له؛ ولولم يوص لأحد كان لبيت المال، لأن رجوعه

(قال) أي القدرى في مختصره (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد) الصلي (نحو الأخ والعلم) ونحو الجد وابن الابن كما صرح بهما أيضا في الكافي (لا يقبل إقراره في النسب) وإن صدقه المقر له بل لا بد فيه من البيينة كما ذكر في التحفة وغيرها (لأن فيه) أي في هذا الإقرار (حل النسب على الغير) فإن في الإقرار بالأخ حل النسب على الأب إذ المقر له بالأخوة مالم يكن ابن أبي المقر لا يكون أمه له، وفي الإقرار بالم حل النسب على الجد، إذ المقر له بالعمومة مالم يكن ابن جد المقر لا يكون عم له، وفي الإقرار بابن الابن حل النسب على الابن إذ المقر له لا يكون ابن ابن المقر ما لم يثبت بنوته من ابن المقر، وفي الإقرار بالجد حل النسب على الأب إذ المقر له لا يكون جد المقر ما لم يثبت أبوته من أبيه (فإن كان له) أي للمقر بنحو ما ذكر (وارث معروف قريب) كأصحاب القروض والعصبات (أو بعيد) كلوى الأرحام (فهو) أي الوارث المعروف (أولى بالميراث من المقر له) حتى لو أقر بأخ وله عم أو خالة فالإرث للعمه والخالة (لأنه لما لم يثبت نسبه) أي نسب المقر له (منه) أي من المقر (لا يراحم الوارث المعروف) قال في التباية: قوله فإن كان له وارث بالفاء بعد قوله لا يقبل إقراره في النسب وقع في محزه لأن هذا نتيجة ذلك، فصوره ذلك أن الرجل إذا أقر في مرضه بأخ له من أبيه وأمه أو أباهن ابن له ثم مات وله عم أو خالة أو مولى مولاة فالإرث للعمه والخالة أو المولى، ولا شيء للمقر له لأن النسب لا يثبت بإقراره فلا يستحق المقر له مع وارث معروف أنتم (وإن لم يكن له) أي للمقر (وارث) معروف (استحق المقر له ميراثه) لأنه أثر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو في الأول مقر غير غيره، وإقراره على غيره غير معتبر إذ لا ولاية له على غيره، وفي الثاني مقر على نفسه، وإقراره على نفسه معتبر (لأن له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث، ألا يرى أن له أن يوصي بجميعه) أي بجميع ماله وقد جعل ماله للمقر له فيما نحن فيه بإقراره باستحقاقه ذلك بعده (فيستحق) المقر له (جميع المال وإن لم يثبت نسبه) من المقر (لما فيه) أي في الإقرار المزبور (من حل النسب على الغير) وليست هذه) أي هذه الصورة أو القضية: يعني الإقرار المذكور (وصية حقيقة) أوضح ذلك بقوله (حتى أن من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال ولو كان الأول) يعني الإقرار بالأخ (وصية لاشتركا) أي الأخ والموصى له بجميع ماله (نصفيين لكنه) استبعدك من قوله وليست هذه وصية حقيقة: أي لكن الإقرار المذكور (بمنزلة) أي بمنزلة الوصية بتأويل الإيصاء، ولعمري أن المصنف يفرط في المساهلة في أمر التذكير والتأنيث في كتابه هذا كما ترى، ومن ذلك أنه أشار فيها مرآفا إلى الإقرار بالغة هذه، وأرجع هاهنا إلى الوصية ضمير المذكور (حتى لو أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر ورأته ثم أوصى بماله كله لإنسان) ومات ولا وارث له (كان ماله) جميعا (للموصى له ولولم يوص لأحد كان) ماله (لبيت المال لأن رجوعه) أي رجوع المقر المزبور

باعتبارهما، فكذا المقر به، وأما الإرث فليس بلزام له بل هو أن تكون المرأة كناية فلم يعتبر قائما باعتباره. قال (ومن أقر بنسب من غير الوالدين الخ) ومن أقر بأخ أو عم لم يقبل في النسب لأن فيه حله على الغير. وأما في الإرث، فلما أن يكون له وارث معروف قريبا كان كلوى القروض والعصبات مطلقا أو بعيدا كلوى الأرحام أو لا يكون، فإن كان فهو أولى بالميراث من

صحيح لأن النسب لم يثبت فبطل إقراره . قال (ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه) لما بينا (ويشاركه في الإرث) لأن إقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه ، والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري إذا أقر على البايع بالعق لم يقبل إقراره حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق

(صحيح) يعني أن إنكاره رجوع والرجوع عن مثل هذا صحيح بمنزلة الرجوع عن الوصية (لأن النسب لم يثبت فبطل إقراره) وينبغي لك أن تعرف أن الرجوع عن الإقرار بالنسب إنما يصح إذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه ، لأن النسب لم يثبت لكونه تحميلا على الغير وليس له ذلك . وأما إذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لأن النسب لا يحتمل النقص بعد ثبوته (قال) أي القدروري في مختصره (ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه لما بينا) أن فيه حمل النسب على الغير (ويشاركه في الإرث) أي يشارك المقر له بالأخوة المقر في الإرث من أبيه ، وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم . وقال القاضي : لا يشاركه في الإرث لعدم ثبوت النسب ، وحكى ذلك عن ابن سيرين . قال المصنف في تعليل المشاركة (لأن إقراره تضمن شيئين) أحدهما (حمل النسب على الغير ولا ولاية له) أي للمقر (عليه) أي على الغير فلا يثبت (و) الثاني (الاشتراك في المال وله فيه ولاية) لأنه إقرار على نفسه وله ولاية على نفسه (فيثبت) ومثل هذا ليس بممتنع (كالمشتري إذا أقر على البايع بالعق) أي بعق ما اشتراه من ذلك البايع (لم يقبل إقراره) في حق الرجوع بالثمن على البايع (حتى لا يرجع عليه بالثمن) لكونه إقرارا على الغير في حق الرجوع بالثمن (ولكنه يقبل) إقراره (في حق العتق) حتى يعتق عليه ما اشتراه لكونه إقرارا على نفسه في حق ذلك . وأعلم أنه إذا قبل إقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر عندنا . وعند مالك وابن أبي ليلى يعمل إقراره شائعا في التركة فيعطي المقر من نصيبه ما ينصبه من ذلك ، حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقر بأخ آخر فكذب أخوه المعروف فيه أعطى المقر نصف ما في يده عندنا وعندنا ثلث ما في يده ، لأن المقر قد أقر له بثلاث شائع في التصفين فينفذ إقراره في حصته وبطل ما كان في حصة أخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر في نصيب أخيه فبطل إقراره فيه . ونحن نقول : إن في زعم المقر أنه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظلم بإنكاره فيجعل ما في يده كالمالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ، ولو أقر بأخت تأخذ ثلث ما في يده عندنا وعندنا تأخذ خسة ، ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن آخر معروف يقسم نصيب المقرين عندنا أخماسا وعندنا أرباعا والتخريب ظاهر ، ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أدخلت ثمن ما في يده ، ولو أقر بمجدة صحيحة أدخلت سدس ما في يده فيعامل فيها في يده كما يعامل لو ثبت ما أقر به ، ولو أقر أحد الابنين المعروفين بامرأة أنها زوجة أبيهما وكذب الآخر أدخلت تسمى ما في يده عندنا . وعند مالك وابن أبي ليلى لهما ثمن ما في يده لأن في زعم المقر أن المرأة ثمن ما في يدي الابنين ، إلا أن إقراره صحيح فيها بيد نفسه ولا يصح في حق صاحبه ، وإذا صح في حق نفسه يعطيان ثمن ما في يده ، ونحن نقول : إن في زعم المقر أن التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة أسهم ، فلما أخذ أخوه أكثر من حقه في زعمهما صار ذلك كالمالك فيقسم النصف الذي في يد المقر بينه وبينها

المقر له ، وهذا لأنه لما لم يثبت نسبه لم يزاحم الوراث المعروف وإن لم يكن استحقاق المقر له ميراثه ، لأنه أقر بشيئين : بالنسب وباستحقاق ماله بعده ، والأول إقرار على غيره وهو غير مسموع ، والثاني على نفسه وهو مسموع لأن له التصرف في مال نفسه عند عدم الغريم والوراث ، حتى لو أوصى بجميعه استحققه الموصي له ، وبقي كلامه لاحتجاج إلى بيان (قوله ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسبه) مبني على ما ذكرناه أن الإقرار على نفسه صحيح (فيشاركه في الإرث) وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور عن أبي حنيفة ، وإن كان المقر أحد الابنين لم يثبت النسب أيضا والمقر له يشارك المقر في الإرث بناء على ما مر من الأصل (لأن إقراره تضمن شيئين : حمل النسب على الغير والاشتراك في ماله ، ولا ولاية في الأول فلم يثبت ، وله ذلك في الثاني فيثبت) قال أبو حنيفة : إذا أقر أحد الابنين بأخ ثالث وكذب أخوه المعروف فيه أعطاه المقر نصف ما في يده . وقال ابن أبي ليلى : يعطيه ثلث ما في يده لأن المقر أقر له بثلاث شائع في التصفين فنفذ في حصته وبطل في حصة الآخر . ولأبي حنيفة

قال (ومن مات وترك ابنتين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لأخيه المقر وللآخر خمسون) لأن هذا إقرار بالدين على الميت لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون ، فإذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا ، غاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ،

على قدر حقهما ويجعل ما يحصل للمقر وهو سبعة على تسعة أسهم فتضرب هي بقدر حقها وهو سمان ويضرب المقر بقدر حقه وهو سبعة أسهم ، كذا في التبيين والبدائع والإيضاح . ثم اعلم أنه لا يثبت النسب في حق الميراث بإقرار وارث واحد وإنما يثبت بإقرار رجلين أو رجل وامرأتين من الورثة . وقال أبو يوسف والحسن والشافعي : كل من يجوز الميراث يثبت النسب بقوله وإن كان واحدا ، والأول أصح اعتبارا للإقرار بالشهادة ، كذا ذكره الزاهد في شرح مختصر القدوري نقل عن شرح الأنطاع . وتوضيحه ما ذكره صاحب البدائع من أن الإقرار بنحو الأخوة إقرار على غيره لما فيه من حل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة ، بخلاف ما إذا كان الثنين فصاعدا لأن شهادة رجلين أو رجل وامرأتين في النسب مقبولة (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ومن مات وترك ابنتين وله) أي وللميت (على آخر مائة درهم فأقر أحدهما) أي أحد الابنتين (أن أباه قبض منها) أي من المائة (لأخيه) أي لأخيه من المائة لابن المقر (وللآخر) أي وللابن الآخر (خمسون) منها يعني كان للابن الآخر أن يأخذ الخمسين من الغريم بعد أن يخلف بالله ما يعلم أن أباه قبض منه المائة (لأن هذا) أي لأن إقرار أحد الابنتين بما ذكر (إقرار بالدين على الميت لأن الاستيفاء) أي استيفاء الدين (إنما يكون بقبض مضمون) لما مر أن الدين يقتضى بأمثاله فيجب للمدين على صاحب الدين مثل ما لصاحب الدين عليه فيلتحقان قصاصا وإقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة (فإذا كذبه) أي كذب المقر (أخوه) استغرق الدين نصيبه) أي نصيب المقر (كما هو المذهب عندنا) أحترزا عن قول ابن أبي ليلى ، فإن هلاك الدين على الغير بسبب الإقرار يختص عندنا بنصيب المقر ، وعند ابن أبي ليلى يشيع في النصيبين ، كذا في أكثر الشروح . وقال في الكفاية خلافا للشافعي . فعنده يشيع في النصيبين . وقال في مزاج الدرية : وبما هو المذهب عندنا قال الشافعي في قول . وقال الشافعي في قول واحد : يازمه . نصبت الدين وهو قياس مذهب مالك ، وبه قال النخعي والحسن وإسحاق وأبو حنيفة وأبو ثور انتهى . قال صاحب النائية : وعرض بأن صرف إقراره إلى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا يجوز . والجواب أن قسمة الدين إنما تكون بعد وجود الدين ، وإذا أقر المقر بقبض خمسين قبل الورثة لم ينتقل على زعمه من الدين إلا الخمسون فلم تتحقق القسمة انتهى . أقول : الجواب المزبور ليس بشاف ، لأن حاصله عدم لزوم قسمة الدين قبل القبض على زعم المقر ، وزعم المقر إنما يؤثر في حق نفسه لا في حق الغير فيكن في المذود لزوم ذلك على زعم الآخر ، فإن قسمة الدين قبل القبض لا يجوز بالنظر إلى كل أحد . فالأظهر عندني في الجواب أن يقال : قسمة الدين قبل القبض إنما لا يجوز في القسمة الحقيقية ، وأما في القسمة المحكية كما نحن فيه فعدم جوازها ممنوع ، ويؤيده ما صرحوا به في فصل الدين المشترك من كتاب الصلح بأن القسمة قبل القبض إنما لا يجوز قصدا لا ضحنا فقامل . قال المصنف (غاية الأمر أنهما) أي الابنتين (تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما) أي على كون

أن زعم المقر أنه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظلم فيجعل ما في يد المنكر كالهالك ويكون الباقي بينهما بالسوية . قال (ومن مات وترك ابنتين الخ) ومن مات وترك ابنتين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لأخيه المقر وللآخر خمسون بناء على ما ذكرنا من الإقرار على نفسه وعلى غيره وهو الأخ والميت فيصبح على نفسه ولا يصبح عليهما ، ثم يخلف الأخ بالله ما يعلم أن أباه قبض منه المائة ويقبض الخمسين من الغريم ، لأن هذا إقرار بالدين على الميت لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون على ما مر أن الدين يقتضى بأمثاله ، وإقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة ، فإن كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا خلافا لابن أبي ليلى كما ذكرنا آنفا . وعرض بأن صرف إقراره إلى

(قوله على ما مر) أقول: في أوامر باب الاستفتاء (قوله استغرق الدين نصيبه) أقول: أي نصيب المقر .

لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي إلى الدور .

الخمسین الباقي على الغريم الذي يقبضه الابن المنكر مشتركاً بين الابن المقر والابن المنكر ، هذا جواب سؤال مقدر . تقريره أن جميع الدين كان مشتركاً بينهما فذلك كل جزء من أجزائه يكون مشتركاً بينهما ، فما هلك يهلك مشتركاً وما بقي يبقى مشتركاً بينهما ، فالابن المنكر لما جحد الهلاك لم ينكر الاشتراك في شيء من أجزائه ، والابن المقر وإن زعم أن بعض أجزائه هلك إلا أنه لم ينكر الاشتراك فيما بقي بعد الهلاك فهما متصادقان في الاشتراك في الباقي المقبوض ، فينبغي أن يكون ذلك بينهما نصفين ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه ، فأجاب بأنهما وإن تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما (لكن المقر) لا يرجع على القابض بشيء لعدم الفائدة ، إذ (لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم) بقدر ذلك لزمه أن أباه لم يقبض شيئاً من الغريم وله تمام الخمسين بسبب سابق (ورجع الغريم) أيضاً (على المقر) بقدر ذلك لانتقاض المقاصة في ذلك القدر وبقائه ديناً على الميت بموجب إقراره والدين مقدم على الإرث (فيؤدي إلى الدور) ولا فائدة فيه ، وقد قرر صاحب العناية السؤال والجواب هاهنا بوجه آخر حيث قال . فإن قيل : زعم المقر يعارضه زعم المنكر ، فإن في زعمه أن المقبوض على التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض متصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما ، فما المرجع لزمه المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به إلى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركاً بينهما . أجاب بقوله غاية الأمر أنهما متصادقان على كون المقبوض مشتركاً بينهما لكن المقر لو رجع : يعني أن المرجع هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي إلى عدم الفائدة بلزوم الدور انتهى . أقول : كل واحد من تقريري السؤال والجواب على الوجه الذي ذكره غفل . أما تقرير السؤال فلأن حديث معارضة زعم المقر لزعم المنكر ، وترجيح زعم المقر على زعم المنكر مما لا مساس له بكلام المصنف هاهنا ، لأنه قال : غاية الأمر أنهما متصادقان على كون المقبوض مشتركاً بينهما ، ولا شك أن التصادق ينافي التعارض والتراجع فكيف يحمل كلامه على ذلك . والعجب أن صاحب العناية أدرج تصادقهما أيضاً في أثناء تقرير السؤال ، وفتح على تعارض زعميهما حيث قال : فتصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما ، ثم طلب للمرجع بقوله فما المرجع لزمه المقر على زعم المنكر . ولا يخفى أن في نفس هذا التقرير تعارضاً وتناقضاً . وأما تقرير الجواب فلأن المفهوم من قوله يعني أن المرجع هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي إلى عدم الفائدة بلزوم الدور هو أن

نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز . والجواب أن قسمة الدين إنما تكون بعد وجود الدين ، وإذا أثر المقر يقبض خمسين قبل الورثة لم ينتقل على زعمه من الدين إلا الخمسون فلم تتحقق القسمة . فإن قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر ، فإن في زعمه أن المقبوض على التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما فما المرجع لزمه المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به إلى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركاً بينهما ؟ أجاب بقوله : غاية الأمر أنهما متصادقان على كون المقبوض مشتركاً بينهما ، لكن المقر لو رجع : يعني أن المرجع هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي إلى عدم الفائدة بلزوم الدور وذلك لأنه لو رجع المقر على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم لزمه أن أباه لم يقبض شيئاً وله تمام الخمسين بسبب سابق قبل القبض وقد انتقض القبض في هذا المقدار فيرجع بتمام حقه ورجع الغريم على المقر لإقراره بدین على الميت مقدم على الإرث فيؤدي إلى الدور . ولناقل أن يقول : إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئاً كان من زعمه أن أخاه في إقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لأن المظلوم لا يظلم غيره . والجواب أن المظلوم لا يظلم غيره ، ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب بتمام حقه ، والله أعلم .

(قوله ولناقل أن يقول : إلى قوله : في إقراره ظالم) أقول : فيه شيء ، فإنهما لما تصادقا على كون المقبوض مشتركاً لم يكن لزمه أن أخاه فيما يقبضه منه ظالم جال ظاهراً (قوله لأن المظلوم لا يظلم غيره) أقول : الغريم لم يوف بما له عليه فلا يكون مظلوماً إذا رجع عليه في زعمه ، وهذا هو مراد الشارع .

(كتاب الصلح)

أزوم الدور إما يكون باعتبار زعم المنكر دون المقر، وليس كذلك بل لزوم الدور إما يكون باعتبار زعم المقر دون زعم المنكر . لأن رجوع الغريم على المقر بالآخرة إما هو على زعم المقر أن أباه قبض منه الخمسين، وإما بقي عليه الخمسون المقبوض . وأما على زعم المنكر وهو أن أباه لم يقبض منه شيئاً فلا يرجع الغريم على المقر بشيء بل يلزمه أن يعطى المقر أيضاً مثل ما أعطاه المنكر فلا يلزم الدور بتدبيرتقف . ثم قال صاحب العناية : ولقاتل أن يقول : إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئاً كان من زعمه أن أخاه في إقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه منه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لأن المظلوم لا يظلم غيره . والجواب أن المظلوم لا يظلم غيره، ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب تمام حقه انتهى . أقول : في الجواب نظر، لأن الخمسين الذي قبضه المنكر من الغريم أولاً إن كان بتمامه حق المنكر لم يكن هو في رجوعه على الغريم بعد ذلك طالباً لتمام حقه، إذ ليس حقه في المائة بزيادة على الخمسين حتى يكون طالباً لتمامه، وإن لم يكن المقبوض أولاً بتمامه حقه بل كان بعضه حق أخيه لم يكن هو فيما يقبضه أخوه منه مظلوماً، وسوق الجواب المزبور على تسليم مظلوميته كما ترى . فالحق في الجواب أن يقال : لا نسلم أنه إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئاً كان في زعمه أنه فيما يقبضه أخوه منه مظلوم . كيف وهما متصافان على كون ما قبضه من الغريم أولاً مشتركاً بينهما كما تقرر . ثم يجوز أن يكون من زعم المنكر ذلك أن أخاه ظالم لنفسه حيث أبطل حقه في المائة بإقراره بأن أباه قبض منها الخمسين .

(كتاب الضلع)

قد مر مناسبة الصلح بالإقرار في أول كتاب الإقرار . والصلح في اللغة : اسم للمصالحة التي هي المسالة خلاف الخصامة ، وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال فعناه دال على حسنة الذات . وفي الشريعة : عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة .

(كتاب الصلح)

قد ذكرنا وجه المناسبة في أول الإقرار فلا نعيد ، وهو اسم للمصالحة خلاف الخصامة . وفي اصطلاح الفقهاء : عقد وضع لرفع المنازعة . وسببه : تعلق البقاء المقدر لتعاطيه وقد بيناه في التقرير . وشرطه : كون المصالحح عنه ما يجوز منه الاعتراض وسيأتي تفصيل له . وركنه : الإيجاب مطلقاً والقبول فيما يتعين بالتعيين . وأما إذا وقع الدعوى في الدرام والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعى قبلت ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعى عليه لأنه إسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط ، بخلاف الأول لأنه طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لأبى البيع فلم يقل الطالب قبلت . وحكمه تملك المدعى المصالحح عليه منكرًا كان الخصم أو مقراً . ووقوعه للمدعى عليه في المصالحح عنه إن كان ما يحتمل التملك والبراءة له في غيره إن كان مقراً ، وإن كان منكراً فحكمه وقوع البراءة من دعوى المدعى أحتمل المصالحح عنه التملك أولاً . وأنواعه بحسب أحوال المدعى عليه ما هو المذكور في الكتاب وبحسب البدلين على القسمة العقلية على ما سنده ، وجوازه ثابت بالكتاب والسنة

(كتاب الصلح)

وسببه : تعلق البقاء للقدر بتعاطيه كما في سائر المعاملات . وركنه : الإيجاب والقبول ، كذا ذكر في البدائع والكافي وكثير من الشروح . قال صاحب العناية أخذنا من النهاية : وركنه الإيجاب مطلقاً والقبول فيها يتعين بالتعيين . وأما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعى قبلت ، ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعى عليه لأنه إسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط ، بخلاف الأول لأنه طلب البيع من غيره ، ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لأتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت انتهى . أقول : فيه بحث . أما أولاً فلائنه سيأتي في الكتاب أن الصالح إذا وقع عن إقرار فإن كان عن مال بمال اعتبر فيه ما يمتحى في البياعات ، وإن كان عن مال بمنافع اعتبر بالإجارات ، وإذا وقع عن سكوت أو إنكار كان في حق المدعى عليه لاقتداء اليقين وقطع الخصومة وفي حق المدعى بمعنى المعاوضة . فإذا تقررت هذه الضابطة ، فلو وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس وكان وقوع الصلح عن سكوت أو إنكار وجب أن لا يتم الصلح بقول المدعى قبلت ، لأن كونه إسقاطاً لبعض الحق واستيفاء لبعض الآخر فيها إذا وقع عن سكوت أو إنكار إنما هو في حق المدعى . وأما في حق المدعى عليه فإنما هو لاقتداء اليقين وقطع الخصومة فلا بد من قبوله أيضاً حتى يتحقق الاقتداء وتتقطع الخصومة . وأما ثانياً فلائنه إذا وقع الدعوى فيها يتعين بالتعيين كالدار مثلاً فصول على قطعة منها والحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي كان الصلح صحيحاً على ما سيجي في الكتاب فينبغي أن يتم هناك أيضاً بقول المدعى قبلت بدون قبول المدعى عليه لكونه إسقاطاً لدعوى بعض الحق يمثل ما قال فيها إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فلا يتم إطلاق قوله والقبول فيها يتعين بالتعيين . وأما ثالثاً فلائنه قوله لأنه طلب البيع من غيره الخ في تحليل قوله بخلاف الأول قاصر عن إفادة كلية المدعى وهو ركنية الإيجاب والقبول معاً فيها يتعين بالتعيين مطلقاً ، فإن طلب البيع من غيره لا يمتشى في كل صورة من الصور الثلاث المترتبة في الضابطة المذكورة للصلح ، بل إنما يمتشى في صورة واحدة منها وهي ما إذا كان الصلح عن إقرار وكان مالاً بمال فتأمل . وشرط مطلق الصلح كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض . ولأنواعه شروط أخرى سيأتي تفصيلها في الكتاب . وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى ، كذا في الكافي وبعض الشروح . قال في العناية أخذنا من النهاية : وحكمه نكاح المدعى المصالح عليه منكراً كان الخصم أو مقراً ، ووقوعه للمدعى عليه في المصالح عنه إن كان بما يحتمل التملك والبراءة له في غيره إن كان مقراً ، وإن كان منكراً فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى احتمل المصالح عنه التملك أولاً انتهى . أقول : فيه كلام ، وهو أن المصالح عليه أيضاً قد يكون بما لا يحتمل التملك كترك الدعوى ، فلهزم صرحوا بأنه إذا ادعى حقاً في دار رجل وادعى المدعى عليه حقاً في أرض بيد المدعى فاصطالحا على ترك الدعوى ، فإنه جائز فجمع حكم الصلح في جانب المصالح عنه قسمين : تملك المدعى عليه إياه ، وبراءته عن دعوى المدعى . وفي جانب المصالح عليه قسماً واحداً هو تملك المدعى إياه مع جريان أحوال التملك وعدم أحواله في الجانبين معاً مما لا يخلو عن محكم ، فإن نوقش في المثال المذكور بأن كون المصالح عليه ترك الدعوى في ذلك أمر ظاهري مبنى على المساعدة ، وإنما المصالح عليه حقيقة في ذلك ما ادعاه كل واحد منهما من الحق فيها بيد الآخر فإنه يقع مصالحاً عنه بالنظر إلى ذي اليد ومصالحاً عليه بالنظر إلى الآخر وهو مما لا يحتمل التملك قطعاً . قلنا : فإذا يقال فيها إذا ادعى كل واحد منهما على الآخر قصاصاً فاصطالحا على ترك الدعوى والعفو من الجانبين ، إذ لا شك أنه كما أن ترك الدعوى والعفو مما لا يحتمل التملك كذلك نفس القصاص مما لا يحتمل فلا يتصور في هذه الصور تملك المدعى المصالح عليه ، بل إنما يتيسر فيها براءة كل واحد منهما عن دعوى الآخر . بقي هاهنا كلام آخر ، وهو أنه إذا ادعى رجل داراً وأنكر المدعى عليه ودفع المدعى إلى ذي اليد شيئاً بطريق الصلح وأخذ الدار فإنه جائز كما سيأتي في الشروح . وأصل المسئلة في الفصل السابع من فصول الاسترواح مع أنه يملك هناك المدعى المصالح عنه والمدعى عليه المصالح عليه يفتضح

قال (الصلح على ثلاثة أضرب : صلح مع إقرار ، وصلح مع سكوت ، وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر و صلح مع إنكار وكل ذلك جائز) لإطلاق قوله تعالى - والصلح خير - ولقوله عليه الصلاة والسلام :

ما ذكر من حكم الصلح في أحد الجانبين مراداً وعكساً فتأمل (قوله الصلح على ثلاثة أضرب الخ) قال صاحب العناية : المحصر على هذه الأنواع ضروري ، لأن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم عيباً وهو لا يخلو عن النفي والإثبات . لا يقال : قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع ، لأنه سقط بقولنا عيباً انتهى . أقول : يرد على ظاهر جوابه أنه إنما يفيد انحصار تقسيمه الثاني وهو قوله وهو لا يخلو عن النفي والإثبات . ولا يفيد انحصار تقسيمه الأول وهو قوله إن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم عيباً ، إذ يخرج صورة التكلم بما لا يتصل بمحل النزاع عن قسميه مما يفيد الاعتراض بهذه الصورة على قوله المحصر على هذه الأنواع ضروري . ويمكن أن يقال : المراد بالسكوت في قوله إما أن يسكت أو يتكلم عيباً هو السكوت عن التكلم عيباً لا السكوت مطلقاً وهو عدم التكلم أصلاً ، فتدخل الصورة المزبورة في القسم الأول من تقسيمه الأول وهو قوله إما أن يسكت فيصبح قوله المحصر على هذه الأنواع ضروري ، وتفسير السكوت في الكتاب بقوله وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر لا يخلو عن إيماء إلى أن المراد بالسكوت هاهنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت ، لأن معنى مطلق السكوت مع كونه غنياً عن التفسير ليس ما ذكر في الكتاب بل هو ألا يتكلم أصلاً (قوله وكل ذلك جائز لإطلاق الخ) تسامح المصنف هاهنا في التعبير حيث قال لإطلاق قوله تعالى - والصلح خير - مع أنه لا يذهب عليك أن الدليل على جواز كل ذلك في الحقيقة قوله المطلق لإطلاق قوله إلا أنهم كثيراً ما يتساهلون في العبارة في أمثال هذا بناء على ظهور المرادوتفصيلاً على قاعدة تفهيد تلك العبارة كما في تعريفهم العلم بمحصل صورة الشيء في العقل مع أنه في الحقيقة هو الصورة الحاصلة في العقل على ما حققه الفاضل الشريف في بعض تصانيفه . قال بعض الفضلاء في حل قول المصنف لإطلاق قوله تعالى : أي لقوله المطلق ، بالإضافة من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف انتهى . أقول : ليس هذا بسديد ، أما أولاً فلأن إضافة الصفة إلى الموصوف ليست بمجازة كإضافة الموصوف إلى الصفة على ما هو المذهب المختار المقرر في كتب النحو ، حتى أنهم أولوا مثل : جرد قلبية ، وأخلاق ثياب

(قال الصلح على ثلاثة أضرب) المحصر على هذه الأنواع ضروري ، لأن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم عيباً وهو لا يخلو عن النفي والإثبات . لا يقال : قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لأنه سقط بقولنا عيباً وكل ذلك جائز (قوله تعالى - والصلح خير -) فإنه بإطلاعه يتناولها ، فإن منع الإطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى - فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحاً والصلح خير - فكان العهد . أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ، وبأنه ذكر للتعليل : أي لا جناح عليهما أن يصالحا لأن الصلح خير فكان عاماً ، ولأنه وقع قوله تعالى - أن يصالحا - في سياق الشرط فكان مستقبلاً ، وقوله تعالى - والصلح خير - كان في الحال فلم يكن إياه بل جفسه . فإن قيل : سلمناه ولكن صرفه إلى الكل متمثل لأن الصلح بعد البين وصلح المودع وصلح من ادعى قلداً على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحاً فأفكرت لا يجوز فيصرف إلى الأدنى وهو الصلح من إقرار . أجيب بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه (ولقوله صل الله

(قوله لأنه سقط بقولنا عيباً) أقول : فيه بحث ، إذ لا يكون المحصر حينئذ ضرورياً (قال المصنف : لإطلاق قوله تعالى - والصلح خير) أقول : أي لقوله المطلق ، بالإضافة من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف ، وتمام الآية - وإن امرأة خافت من بعلها نشزراً أو إضراراً فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحاً والصلح خير - (قوله أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب) أقول : أنت خير بأن الملتزم يمنع عموم اللفظ مستنداً بأن اللام العهد . فالجواب يتضمن المصادرة على المطلوب فليتأمل (قوله وبأنه ذكر للتعليل) أقول : فيه بحث ، لأنه لو كان تليداً لأهدل القاء بالواو (قوله وقوله والصلح خير كان في الحال) أقول : إن أراد أن الحكم بالعمول على الموضوع كالتن في الحال فسلم ، ولا يفيد لجواز أن يكون الحكم عليه هو الصلح الاستقبال ، وإن أراد أن الحكم على الصلح الكائن في الحال : يعني حقيقة الصلح وجسه كما في قولهم : الرجل خير من المرأة فلخصم أن يمنعه (قوله فأفكرت لا يجوز) أقول : بل يجوز كما سبق من قريب .

« كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا »

بما يخرج به عن أن يكون من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف فما معنى حل كلام المصنف هاهنا على ذلك . وأما ثانياً فلأن الصفة في قوله المطلق هو المطلق لا الإطلاق ، والكلام في توجيه إطلاق قوله فلا يجدي حديث إضافة الصفة إلى الموصوف شيئاً بل لا بد من المصير إلى المساحة كما ذكرنا . وقال صاحب العناية : فإن منع الإطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى - فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير - فكان للعهد . أوجب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ، وبأنه ذكر للتعليل : أي لا جناح عليهما أن يصالحا لأن الصلح خير فكان عاما ، ولأنه وقع قوله تعالى - أن يصالحا في سياق الشرط فكان مستقبلا ، وقوله تعالى - والصلح خير - كان في الحال فلم يكن إياه بل جسده انتهى . أقول : إن الجواب الأول والثالث من هذه الأجوبة الثلاثة ليسا بتامين . أما الأول فلأن كون الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لا يجدي شيئاً في دفع السؤال المذكور ، لأن حاصله منع عموم اللفظ بحمل اللام في قوله تعالى - والصلح خير - على العهد ، فإنه حينئذ يصير خاصا ، وإنما يجدي نفعاً لو سلم عموم اللفظ في نفسه وأريد تخصيصه بخصوص السبب . وأما الثالث فلأنه إن أراد بقوله - والصلح خير - كان في الحال أن التكلم بهذا الكلام والإخبار بهذا الخبر كان في الحال : أي في حال ورود الآية الكريمة فسلم ، لكن هذا لا ينافي أن يكون تحقق مدلوله في الاستقبال ، ألا يرى أنك إذا قلت الأمر الذي يحدث غدا خير فلا شك أن تكلمك بهذا الكلام وإخبارك به كان في الحال . وأما تحقق ذلك الأمر واتصافه بالخيرية فيكون في المستقبل فلم يتم قوله فلم يكن إياه بل جسده ، وإن أراد بذلك أن الصلح الذي أخبر بأنه خير كان في الحال فهو ممنوع . فالصواب من بين تلك الأجوبة هو الجواب الثاني وهو المذكور في الكافي وفي سائر الشروح أخذنا من الأسرار . ووجه كون الصلح عاما في قوله تعالى - والصلح خير - على تقدير أنه ذكر للتعليل هو أن العلة لا تتحدد بمحل الحكم الذي على فيه ، بل أيضا وجدت العلة بينهما حكمها ، كذا قالوا ، وهو التقرير المناسب لقواعد الأصول . وأما التقرير المطابق لقواعد العقول فلأنه يكون حينئذ خارجا مخرج الكبرى من الشكل الأول كانه قيل : فإن هذا صلح والصلح خير ، وكلية الكبرى شرط لإنتاج الشكل الأول على ما عرف في الميزان . واعترض بعض الفضلاء على هذا الجواب أيضا حيث قال : فيه بحث ، لأنه لو كان تعليلا لأجل الفاء بالواو انتهى . أقول : ليس هذا بشيء ، لأن ذلك الإبدال إنما يلزم لو كان تعليلا من حيث اللفظ وليس كذلك ، بل هو تعليل من حيث المعنى ، وعن هذا قالوا : إن الله تعالى أخرجه مخرج التعليل لما سبق ذكره كانه قال صالحا لأن الصلح خير . وقال في غاية البيان وهو المفهوم من لسان العرب كما يقال : صل والصلاة خير ، على أن قوله تعالى - والصلح خير - بمنزلة الكبرى من الدليل والصغرى مطوية كما أشرنا إليه فيها مر ، وأداة التعليل كاللام والفاء إذا ذكرت إنما تدخل على أول الدليل وهو الصغرى دون الكبرى فلا يلزم الإبدال هاهنا أصلا تدبر . ثم قال صاحب العناية : فإن قيل : سلمناه يعني الإطلاق في قوله تعالى - والصلح خير - ولكن صرفه إلى الكل معتذر لأن الصلح بعد التبيين وصلح المودع وصلح من ادعى قلنا على آخره وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فأنكرت لا يجوز فيصرف إلى الآخر وهو الصلح عن إقرار . أوجب بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه انتهى . أقول : يرد على ظاهر قوله وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فأنكرت لا يجوز أنه غلط إذ هو مخالف لصريح ما ذكر في عامة الكتب حتى الهداية والبداية في سياق وهو أنه إذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بدلته حتى يترك الدعوى جاز فكانه في معنى الخلع . ثم أقول : توجيهه أن لعدم الجواز رواية في هذه المسئلة وإن كان ظاهر الرواية بخلافها ، والسؤال المزبور مما أورده الشافعية فهم أخذوا في هذه المسئلة وأحواتها بما هو الملائم لغرضهم . والخفية أجابوا عنه تارة بمنع عدم الجواز في تلك المسائل وأخرى بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه ، فصاحب العناية : اكتفى بالثاني ولم يتعرض للمنع ، وأما صاحب غاية البيان فتعرض لهما معا حتى قال في الجواب هاهنا : على أنّا بمنع عدم جواز

عليه وسلم « كل صلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا »

وقال الشافعي : لا يجوز مع إنكار أو سكوت لما رويناه ، وهذا بهذه الصفة لأن البذل كان حلالا على الدافع حراما على الآخر فينقلب الأمر ، ولأن المدهي عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة . ولنا ماثلونا وأول ما رويناه وتأويل آخره أحل حراما لعينه كالتحريم أو حرم حلالا لعينه كالصالح على أن لا يظا الضرة ،

الصالح في دعوى النكاح عليها إذا أنكرته فصالح على مال لأنه يجوز ، وبه صرح القنورى في مختصره ، وسيجى ذلك في فصل عقيب هذا انتهى . وقال في ذلك الفصل : وهذا الذى ذكره القنورى هو ظاهر الجواب يدل على ذلك ما ذكره في مختصر الكافى وشرحه كذلك ، فعل هذا لا يرد علينا سؤال الشافعية في مسئلة الصلح على الإنكار بقوله إذا ادعى على امرأة نكاحا فأنكرت فصالح على مال لا يجوز ، ولئن صحت تلك المسئلة كما أوردوها في نسخ طريقة الخلاف . فالجواب عنه ما مر في تلك المسئلة انتهى (قوله وقال الشافعي : لا يجوز مع إنكار أو سكوت لما رويناه الخ) قلت : كان الظاهر أن يقال لآخر ما رويناه لأن أوله حجة عليه لا له (قوله ولنا ماثلونا وأول ما رويناه الخ) كرر ذكرها تأكيداً وتوطئة لقوله وتأويل آخره الخ ، وإلا لكان هاهنا بيان هذا التأويل مع بيان أن دفع الرشوة لدفع الظلم جائز في الشرع لأنه يصدد الجواب عما قاله الشافعي والجواب عنه يتم ببيانها . أقول : بين هاهنا إشكال في قوله وأول ما رويناه ، وهو أن المفهوم منه أن يكون أول ذلك الحديث دليلاً لنا مع قطع النظر عن آخره ، وهذا ليس بصحيح لأن آخره مستثنى من أوله . وقد تقرر في علم أصول الفقه أن الملعب الصحيح المختار عند الأئمة الحنفية في الاستثناء أن يتأخر حكم صدر الكلام عن إخراج المستثنى من المستثنى منه ، فلا يكون لأول الكلام في صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره ، بل لا يتم المعنى إلا بمجموع المستثنى والمستثنى منه . ويمكن أن يوجه بأن قوله وتأويل آخره أحل حراما لعينه الخ متصل من حيث المعنى بقوله وأول ما رويناه . فحاصل الكلام أن لنا أول ما رويناه مع تأويل آخره ، فالدليل بمجموع الحديث بملاحظة هذا التأويل ، ولكن الإنصاف أن لفظة أول هاهنا مع كونها زائدة الفائدة لها موصلة لما يخل بالكلام ويضره بالتام كما نبهنا عليه ، فالأولى أن تطرح من البيّن (قوله وتأويل آخره أحل حراما لعينه كالتحريم أو حرم حلالا لعينه كالصالح على أن لا يظا الضرة) وحله على هذا الحق ، لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه ، والحلال

وقال الشافعي (لا يجوز مع إنكار أو سكوت) لأنه صلح أحل حراما أو حرم حلالا وذلك حرام غير مشروع بالحديث المروى (ولأن المدهي عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه رشوة) وهو حرام (ولنا ماثلونا) من قوله تعالى - والصلح خير - (وأول ما رويناه) من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم : كل صلح جائز بين المسلمين (وتأويل آخره أحل حراما لعينه كالتحريم أو حرم حلالا لعينه كالصالح على أن لا يظا الضرة) وأن لا يتصرى والخملى على ذلك واجب ، فلا يظا العمل به أصلاً وذلك لأنه لو حمل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لأن الصلح في المادة لا يكون إلا على بعض الحق زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدهي قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدهي عليه منته قبله وحل بعده فعرفتنا أن المراد به ما كان حلالاً

(قوله ولنا ماثلونا من قوله تعالى - والصلح خير - وأول ما رويناه) أقول : وهاهنا تكرار ، وكان الأولى أن لا يذكر ذنبك الدليلين فيما تقدم حتى لا يلزم ذلك (قال المصنف : وتأويل آخره أحل حراما لعينه كالتحريم أو حرم حلالا لعينه كالصالح الخ) أقول : وحله على هذا الحق لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه ، والحلال المطلق ما هو حلال لعينه ، وكذا في الكافي . ثم قال : وما ذكره غير محتمل ، إذ الصلح مع الإقرار لا يجوز من ذلك ، فالصلح يشترط على بعض الحق في المادة فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً حلالاً للمدهي أعده قبل الصلح وحرم بالصلح ، أو كان حراماً على المدهي عليه منته قبل الصلح وقد حل بالصلح انتهى (قوله لأنه لو حمل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره) أقول : بين لكان كالصلح على غير الإقرار في البطان على زعم الخصم (قوله لأن الصلح في المادة لا يكون إلا على بعض الحق) أقول : هذا يخص بالدين لظهور علم جريته في الدين فلا يلزم بطلان العمل به ، إذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في الدين إلا بالإبراء

ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقتضى بجوازه لأن المدعى يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع ، والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضا إذ المال وقاية الأنفس ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز .

المطلق ما هو حلال لعينه ، وما ذكره غير محتمل إذ الصلح مع الإقرار لا يخلو عن ذلك . فإن الصلح يقع على بعض الحق في العادة لما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منته قبل الصلح وقد حل بالصلح . وكذا في الكافي . وقال صاحب العناية في شرح هذا المجل : والحمل على ذلك واجب لئلا يبتطل العمل به أصلا ، وذلك لأنه لو حل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره . لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق ، فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منته قبله وحل بعده ، فرفنا أن المراد به ما كان حلالا أو حراما لعينه انتهى . أقول : في تقريره خلل ، إذ لا معنى لقوله لأنه لو حل على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره ، لأن الكلام في حل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة لا في حله على الصلح على الإقرار خاصة ، إذ لا فرق بين الصلح على الإقرار والصلح على غيره في الصحة على تقدير أن يحمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة ، ولا فرق بينهما في عدم الصحة على تقدير أن يحمل آخره على ما يعم الحرام لغير عينه والحلال لغير عينه أيضا ، فدار التأويل والحمل في آخر الحديث إنما هو لفظ الحرام والحلال وإطلاقه دون لفظ الصلح . فالحق في التقرير أن يقال : لأنه لو حل على ما يعم الحرام والحلال لظهر عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به ، في العادة لا يكون إلا على بعض الحق بأن قال : هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به ، إذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين إلا بالإبراء عن دعوى الباقي كما سيبيحني انتهى . أقول : هذا كلام خال من التحصيل ، إذ لا يلزم من عدم جواز الصلح على بعض الحق في العين إلا بالإبراء عن دعوى الباقي عدم جوازه على بعض الحق في العين أصلا ، غاية الأمر أن يكون جواز الصلح على بعض الحق في العين مشروطا بالإبراء عن دعوى الباقي ، على أنه ليس كذلك أيضا ، إذ يجوز الصلح على بعض الحق في العين طريق آخر وهو أن يزيد درهما في بدل الصلح ، وسبأ كلا الطرفين في الكتاب ، وعلى كليهما يجرى قوله لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق في العين أيضا (قوله ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقتضى بجوازه ، إلى قوله : ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز) هذا دليل عقلي على ما ذهب إليه أئمتنا من جواز الصلح مع إنكار أو سكوت أيضا متضمن للجواب عن دليل عقلي للشافعي المذكور فها قبل ، وهو قوله ولأن المدعى عليه يدفع

أو حراما لعينه (ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة) لكان كالصلح مع الإقرار (فيقتضى بجوازه) لوجود مقتضى وانتفاء المانع ، لأن المانع إما أن يكون من جهة الدفاع أو من جهة الأخذ وليس شيء منهما موجود . أما الثاني (فلأن المدعى يأخذه في زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع ، وأما الأول فلأن المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه ، وهذا أيضا مشروع إذ المال وقاية الأنفس ودفع الظلم عن نفسه بالرشوة أمر جائز) لا يقال : لا يسلم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم : لمن الله الراشئ والمرتشئ ، وهو عام لأنه محمول على ما إذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع ، كما إذا دفع الرشوة حتى أخرج الولي أحد الورثة عن الإرث . وأما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدفع ، ونحوه في أحكام القرآن لترازي . فإن قيل : فعل هذا إذا ادعى على أكثر ألف درهم وهو منكز وتصلحها على دنانير مائة ثم افتراق قبل القبض

عن دعوى الباقي كما سيبيحني (قوله لأنه محمول على ما إذا كان على صاحب الحق الحق) أقول : فيه أنه المتيقن هو حرم اللفظ ، وما الدليل على أنه محمول على ما ذكره غير جري على عموم .

قَالَ (فَإِنْ وَقَعَ الصَّلَاحُ عَنْ إِقْرَارٍ اعْتَبِرَ فِيهِ مَا يَمْتَنِعُ فِي الْبَيَاعَاتِ إِنْ وَقَعَ عَنْ مَالٍ بِمَالٍ) لَوْ جُودَ مَعْنَى الْبَيْعِ وَهُوَ مَبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدِينَ بَرَاهِنُهُمَا (فَتَجْرِي فِيهِ الشُّفْعَةُ إِذَا كَانَ عَقَارًا، وَبَرَدٌ بِالْعَيْبِ، وَبُيُوتٌ فِيهِ خِيَارُ الرُّوَيْةِ وَالشَّرْطُ، وَیُفْسِدُهُ جِهَالَةُ الْبَدَلِ) لِأَنَّهَا هِيَ الْمَقْضِيَّةُ إِلَى الْمَنَازَعَةِ دُونَ جِهَالَةِ الْمَصَالِحِ عَنْهُ لِأَنَّهُ يَسْقُطُ وَيَشْتَرِطُ الْقُدْرَةُ عَلَى تَسْلِيمِ الْبَدَلِ (وَإِنْ وَقَعَ عَنْ مَالٍ بِمَنْفَعَةٍ يَعْتَبَرُ بِالْإِجَارَاتِ) لَوْ جُودَ مَعْنَى الْإِجَارَةِ وَهُوَ تَمْلِكُ الْمَنْفَعَةِ بِمَالٍ وَالْإِعْتِبَارُ فِي الْعُقُودِ لِمَا نَبِهَ

المال لقطع الخصومة، وهذا رشوة. قال الشراح: لا يقال لا تسلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم، لأن قول النبي صلى الله عليه وسلم ولعن الله الرائي والمرئى عام. لأننا نقول: هذا الحديث محمول على ما إذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع، كما إذا دفع الرشوة حتى أخرج الرائي أحد الورثة عن الإرث، وأما إذا دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع انتهى. وأعرض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه: إن المجتزئ هو عموم اللفظ وما الدليل على أنه محمول على ما ذكر غير مجرى على عمومته انتهى. أقول: الدليل عليه ما ورد من النصوص في أن الضرورات تبیح المحظورات، منها قوله تعالى - وما جعل عليكم في الدين من حرج - ولا شك أن في دفع الضرر عن نفسه دفع الحرج (قوله فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يمتنع في البياعات إن وقع عن مال بمال الخ) هذا لفظ القدوري في مختصره، ولما كان الأصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه كما صرحوا به أراد أن يبين ضابطته يعرف بها هل على أي عقد يحمل. أقول: ليست هذه الضابطته تامّة، لأن الصلح عن إقرار قد يقع عن منافع بمال أو بمنفعة كما إذا أوصى لرجل بسكنى داره سنة فأتى وادعى الموصى له السكنى فصالحه الورثة عن ذلك على دراهم معينة أو على خدمة عبد شهرا أو على ركوب دابة شهرا، فإن كل ذلك جائز على ما صرحوا به في أول الفصل الآتي مع أنه لم يذكر في هذه الضابطته وإن كان في معنى عقد الإجارة، وكذا يقع ما ليس بمال ولا منفعة كالصلح عن جنابة الممد فإنه جائز وهو بمنزلة النكاح، حتى أن ما صلح مسمى فيه صلح حائنا أيضا كما سيأتي في الكتاب، مع أنه ليس بمذكور أيضا في هاتيك الضابطه، وليس في معنى عقد البيع ولا في معنى عقد الإجارة بل هو

ينبغي أن يجوز لأن هذا الصلح في زعم المدعي عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة، ومع هذا لا يجوز. أعجب بأن عدم الجواز بناء على زعم المدعي، إذ في زعمه أنه صرف لأنه صالحه عن الدرام على الدنانير والقبض شرط فيه في المجلس. قال (فإن وقع الصلح عن إقرار الخ) إذا وقع الصلح عن إقرار وكان عن مال على مال اعتبر فيه ما يمتنع في البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال براهينهما في حق المتعاقدين فتجرب في الشفعة في العقار ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية، ويفسده جهالة المصالح عليه لأنها تقضي إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط، وهذا ليس على إطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا إلى ذكره. وهو أن الصلح باعتبار بدليه على أربعة أوجه: إما أن يكون معلوم على معلوم، وهو جائز لا محالة. وإما أن يكون عن مجهول على مجهول، فإن لم يحتج فيه إلى التسليم والتسلم مثل أن يدهي حقا في دار رجل وادعى المدعي عليه سقيا في أرض بيد المدعي واصطلاحا على ترك الدعوى جاز، وإن احتج إليه وقد اصطلاحا على أن يدهي أحدهما مالا لم يمتنع عليه أن يترك الآخر دعواه أو على أن ينتم إليه ما ادعاه لم يجوز. وإما أن يكون عن مجهول على معلوم وقد احتج فيه إلى التسليم، كما لو ادعى حقا في دار في يد رجل ولم يسمه فاصطلاحا على أن يعطيه المدعي مالا معلوما ليسلّم المدعي عليه إلى المدعي ما ادعاه وهو لا يجوز، وإن لم يحتج فيه إلى التسليم كما إذا اصطلاحا في هذه الصورة على أن يترك المدعي دعواه جاز. وإما أن يكون عن معلوم على مجهول وقد احتج فيه إلى التسليم لا يجوز، وإن لم يحتج إليه جاز. والأصل في ذلك كله أن الجهالة المقضية إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم هي المنقصة، فلا يجب فيه التسليم والتسلم جاز، وما وجبا فيه لم يميز مع الجهالة لأن القدرة على تسليم البدل شرط لكونه في معنى البيع (وإن كان عن مال بمنافع يعتبر بالإجارات لوجود معنى الإجارة وهو تملك المنافع بمال) وكل منفعة يجوز استحقاقها بقدر الإجارة يجوز استحقاقها بقدر الصلح، فإذا صالح على سكنى بيت يمينه إلى مدة معلومة جاز،

فيشترط التوقيت فيها ويطلق ، الصلح بموت أحدهما في المدة لأنه إجارة (والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لاقتداء اليين وقطع الخصومة وفي حق المدعى بمعنى المعاوضة) لما بينا (ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الإقالة في حق المتعاقدين وغيرهما) وهذا في الإنكار ظاهر ، وكذا في السكوت لأنه يحتمل الإقرار والاحمود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك . قال (وإذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة) معناه إذا كان عن إنكار أو سكوت لأنه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعى وزعم المدعى لا يلزمه ، بخلاف ما إذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لأن المدعى يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعى عليه بكذبه . قال (وإذا كان الصلح عن إقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض) لأنه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا (وإن وقع الصلح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعى بالخصومة ورد العوض) لأن المدعى عليه ما بادل العوض إلا ليدفع خصومته عن نفسه ، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لاختصاصه له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده ،

في معنى عقد النكاح فلم يفهم من الضابط المذكرة قط ، وكذا يقع الصلح عن دعوى الرق بما لا يكون في معنى الإعاق على مال وعن دعوى الزوج النكاح بما لا يكون في معنى الخلع ، وليس شيء منهما بدخل أيضا في الضابط المذكرة ولا مفهوم منها أصلا فكانت قاصرة عن إفادة تمام المراد . لا يقال : يستغنى عن ذكر تلك الصور هاهنا بما ذكر في الفصل الآتي عن قريب . لانا نقول : قد ذكرنا ذلك ما ذكره هاهنا أيضا بأن قال : والصلح جائز عن دعوى الأموال والمنافع فلا يتم العذر . ثم إن كون الصلح عن إقرار في معنى البيع إذا وقع عن مال بما لا هو فيها إذا وقع على خلاف جنس المدعى ، وأما فيما إذا وقع على جنسه فإن كان بأقل من المدعى فهو حوط وإبراء ، وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء ، وإن كان بأكثر منه فهو غرض وربما صرح به في التبيين وغيره (قوله والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لاقتداء اليين وقطع الخصومة وفي حق المدعى بمعنى المعاوضة لما بينا الخ) أشار به إلى ما ذكره بقوله لأن المدعى يأخذها عوضا عن حقه في زعمه . أقول : هاهنا كلام

وإن قال أبدا أو حتى يموت لا يجوز ، فإن الاعتبار في العقود للمعاني كالمدة بشرط العوض فإنها بيع معنى ، والكفالة بشرط براءة الأصل حوالة ، والحوالة بشرط مطالبة الأصل كفالة (فيشترط التوقيت فيها ويطلق الصلح بموت أحدهما في المدة) كالإجارة (وإذا وقع الصلح عن السكوت والإنكار كان في حق المدعى عليه لاقتداء اليين وقطع الخصومة ، وفي حق المدعى بمعنى المعاوضة لما بينا) أن المدعى يأخذها عوضا في زعمه . فإن قيل : العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف بأخرى تقابلها ؟ أجاب بقوله (ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الإقالة) فلها فسح في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث ، وكقصد النكاح فإن حكمه الحل في حق امرأته والتحرير المؤبد في حق أمها (وهذا) أي كونه لاقتداء اليين أو قطع الخصومة (في الإنكار ظاهر ، وأما في السكوت فلا يحتمل الإقرار والاحمود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك) مع أن حله على الإنكار أولى ، لأن فيه دعوى تفريق الذمة وهو الأصل . قال (وإذا صالح عن دار الخ) إذا صالح عن دار عن إنكار أو سكوت لا يجب فيها الشفعة لأنه يأخذها : أي للمدعى عليه ليستبقى الدار على ملكه لا أنه يشتريها ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه ، والمرء يؤاخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره (بخلاف ما إذا كان على دار) لأن المدعى يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعى عليه يكذبه ، فصار كأنه قال اشتريتها من المدعى وهو ينكر (وإذا صالح عن إقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه) على المدعى (بحصة المستحق من العوض)

(قوله لأنه يأخذها ، إلى قوله : ويدفع المال) أقول : قوله ويدفع مطوف على قوله يأخذها .

وإن استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لأنه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض . ولو استحق المصالح عليه عن إقرار رجوع بكل المصالح عنه لأنه مبادلة ، وإن استحق بعضه رجوع بمحضته . وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجوع إلى الدعوى في كله أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه لأن المبدل فيه هو الدعوى ، وهذا بخلاف ما إذا باع منه على الإنكار شيئا حيث يرجع بالمدي إلى الإقدام على البيع إقرار منه بالحق له ، ولا كذلك الصلح لأنه قد يقع لدفع الخصومة ، ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين . قال (وإن ادعى حقا في دار ولم يبيته فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لأن دعواه يجوز أن يكون فيها بقى) بخلاف ما إذا استحق كله لأنه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكلمه على ما قدمناه في البيوع . ولو ادعى دارا فصالحه على

وهو أن كون الصلح عن السكوت والإنكار في حق المدي مطلقا بمعنى المعاوضة ممنوع ، فإنه إذا ادعى شيئا وأنكر المدي عليه أو سكت ودفع المدي إلى المدي عليه شيئا بطريق الصلح وأخذ العين كان ذلك الصلح جائزا على ما صرحوا به مع أنه في حق المدي ليس بمعنى المعاوضة ، لأن في زعم المدي أن العين الذي ادعاه حقه ، ولا يتصور أن يعاوض إنسان ملك نفسه بل هو

لأنه لكونه عن إقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ذلك ، وإذا صالح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجوع المدي بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدي عليه ورد العوض ، لأن المدي عليه ما يملك العوض إلا لدفع الخصومة عن نفسه ، فإذا ظهر الاستحقاق ظهر أن لخصومة له فيبقى في يد غيره مشتمل على غرض المدي عليه فيسترده ، كالمكفول عنه إذا دفع المال إلى الكفيل على غرض دفعه إلى رب الدين ثم أدى الدين بنفسه قبل أداء الكفيل فإنه يسترده لعدم اشتائه على غرضه . ونوقض بما إذا ادعى دارا وأنكر المدي عليه ودفع المدي إلى ذي اليد شيئا بطريق الصلح وأخذ الدار لم استحق فإنه لا يرجع على المدي عليه بما دفع مع أنه بظهور الاستحقاق تبين أن المال في يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع الخصومة . وأجيب بأن المدي عليه مضطر في دفع ماذن لقطع الخصومة ، فإذا استحققت زالت الضرورة المرجبة لذلك لانقضاء الخصومة فيرجع ، وأما المدي فهو في خيرة في دعواه وكان ذلك الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده ، وإن استحق بعض المصالح عنه رد المدي حصة المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه : أي في أصل الدعوى ، أما رجوعه عليه فلأنه قام مقام المدي عليه في كون البعض المستحق في يده ، وأما رد الحصة فليخلو العوض في هذا القدر عن غرض المدي عليه (ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن إقرار رجوع بكل المصالح عنه) لأنه إنما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع بمبدله كما في البيع (وإن استحق بعضه رجوع بمحضته) اعتبارا للبعض بالكل (وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجوع إلى الدعوى في كله أو بعضه بحسب الاستحقاق لأن المبدل فيه هو الدعوى) هذا إذا لم يغير لفظ البيع في الصلح ، أما إذا كان أجري كما إذا ادعى دارا وأنكر المدي عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عيد وقال بعتك هذا العبد بهذه الدار ثم استحققت هذه الدار فإن المدي يرجع على المدي عليه بما ادعى بالندوى ، لأن إقدام المدي عليه على البيع إقرار منه بالحق للمدي ، إذ الإنسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع ، ولا كذلك الصلح لأنه قد يقع لدفع الخصومة (ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم) إلى المدي (فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين) أي فصل الإقرار والإنكار ، فإن كان عن إقرار رجوع بعد الملاك إلى المدي ، وإن كان عن إنكار رجوع بالندوى . قال (وإن ادعى حقا في دار الخ) هذه المسئلة قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا نعيدا (ولو ادعى دارا فصالحه على

(قوله فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدي عليه) أقول : يبقى في يدي العوض في يد المدي (قوله فلا يسترده) أقول : أي بحسب الاستحقاق (قوله ثم استحققت فإن المدي يرجع) أقول : صحابه ثم استحق إذ الصغير المستتر فيه راجع إلى العبد .

قطعة منها لم يصح الصلح لأن ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي . والوجه فيه أحد أمرين : إما أن يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي ، أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي .

في حق المدعى في تلك الصورة لقطع الخصومة كما صرحوا به أيضا (قوله أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي) قال صاحب النهاية : فإن قلت : كيف صورة البراءة ؟ قلت : هي أن يقول قد برئت من هذه الدار أو يقول قد برئت من دعوى في هذه الدار فهذا جائز ، حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء بينة لا تقبل . أما لو قال أبرأتك عن هذه الدار أو قال قد أبرأتك عن خصومتى في هذه الدار فهذا وأمثاله باطل ، وله أن يخاصم فيها بعد ذلك . وقرئ بين قوله برئت وبين قوله أبرأتك ، فإن في قوله أبرأتك إنما أبرأه من ضمانه لآمن الدعوى ، وعن هذا قالوا إن عبدا في يد رجل لو قال له رجل برئت منه كان بريثا منه ، ولو قال أبرأتك منه كان له أن يدعيه ، وإنما أبرأه من ضمانه ، وكذا في اللخيرة إلى هاهنا كلامه . أقول : فيه نظر ، أما أولا فلأن بيان صورة البراءة بقوله برئت من هذه الدار مع كونه غير مطابق للمشروح وهو قول المصنف ، أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي يدل على صحة البراءة من العين ، وليس كذلك لأن مدار عدم صحة الصلح عن بعض المدعى في العين بدون الحلية في تصحيحه بأحد الأمرين إنما هو عدم صحة البراءة من العين ، وإلا لصح الصلح على ذلك بأن كان استيفاء لبعض الحق وإسقاطا لبعضه الباقي كما في الصلح على بعض المدعى في الدين ، فالصورة الصحيحة المطابقة للمشروح إنما هو قوله برئت من دعوى في هذه الدار . وأما ثانيا فلأن قوله فإن في قوله أبرأتك إنما أبرأه من ضمانه لآمن الدعوى إنما يتحقق في قوله أبرأتك عن هذه الدار لافي قوله أبرأتك عن خصومتى لأن الإبراء من الخصومة هو الإبراء من الدعوى ، وقد صرح بأن قوله أبرأتك عن خصومتى في هذه الدار باطل أيضا بخلاف ما قالوا في جدد في يد رجل فإن المذكور هناك في جواب الإبراء إنما هو قول الآخر أبرأتك منه لا غير ، فيصر .

قطعة منها) كبيت من بيتها يعني لم يصح الصلح لأن ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه في الباقي (وتقبل بيته لأنه استوفى بعض حقه) وأبرأ عن الباقي ، والإبراء من العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء . وذكر شيخ الإسلام أنه لا تسمع دعواه ، وذكر صاحب النهاية أنه ظاهر الرواية . ووجه أن الإبراء لاقي عبنا ودعوى ، والإبراء من الدعوى صحيح ، فإن من قال لغيره أبرأتك عن دعوى هذا العين صح ، ولو ادعاه بعد ذلك لم يصح ولم تسمع . وقيد بقوله على قطعة منها لأن الصلح إذا وقع على بيت معلوم من دار أخرى صح لكونه حينئذ بيعا ، وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غير ما لكونه إجارة حتى يشترط كون المدة معلومة ، ولو أراد المدعى أن يدعي البقية لم يكن له ذلك لوصول كل حقه إليه باعتبار بدله عبنا أو منفعة . قال المصنف (والوجه فيه) أي الحلية في تصحيح الصلح إذا كان على قطعة منها (أحد أمرين أن يزيد درهما في بدل الصلح ليصير عوضا عن حقه فيما بقي أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي) مثل أن يقول برئت من دعوى في هذه الدار فإنه يصح بمصادفة البراءة الدعوى وهو صحيح ، حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء بينة لم تقبل . وفي ذكر لفظ البراءة دون الإبراء إشارة إلى أنه لو قال أبرأتك عن دعوى أو خصومتى في هذه الدار كان باطلا وله أن يخاصم فيها بعد ذلك . والفرق بينهما أن أبرأتك إنما يكون إبراء من الضمان لآمن الدعوى ، وقوله برئت براءة من الدعوى ، وكذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن اللخيرة . ونقل بعض الشارحين عن الواقعات في تحليل هذه المسئلة لأن قوله أبرأتك عن خصومتى في هذه الدار خطاب لواحد فله أن يخاصم غيره في ذلك ، بخلاف قوله برئت لأنه أنضاف البراءة إلى نفسه مطلقا فيكون هو بريثا . ويعلم من هذا التحليل أن قول صاحب اللخيرة : وله أن يخاصم فيها بعد ذلك ، معناه على غير المخاطب وهو ظاهر ، والله أعلم .

(قوله ونقل بعض الشارحين عن الواقعات) أقول : الناقل هو الإحتقان عن الواقعات الخصامية .

(فضل)

(والصلح جائز عن دعوى الأموال) لأنه في معنى البيع على ما مر. قال (والمنافع لأنها تملك بمقدار الإجارة فكذا بالصلح)،

(فصل)

لما فرغ من مقدمات الصلح وشرائطه أنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز (قوله والصلح جائز عن دعوى الأموال) هذا لفظ القنطري في محصره. قال المصنف (لأنه في معنى البيع على ما مر أقول: هاهنا شيء وهو أن قول القنطري والصلح جائز عن دعوى الأموال مطلق يتناول الصلح عن مال بمال والصلح عن مال بمضعة: فإن أجرى على إطلاقه كما هو الظاهر لم يتم تعليل المصنف بقوله لأنه في معنى البيع على ما مر لظهور أن الصلح عن مال بمضعة ليس في معنى البيع بل هو في معنى الإجارة كما صرح به فيما مر، وإن قيد بما كان من مال بمال كما فعله صاحب العناية لزم أن لا يندرج ما كان من مال بمضعة في هذا الفصل مع أنه معقود لبيان أنواع ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز فكان تقصيرا من المقيّد بلا ضرورة. لا يقال: إنما ترك ذلك النوع في هذا الفصل بناء على كونه معلوما فيما مر. لأننا نقول: ينتقض ذلك بما كان من مال بمال فإنه أيضا كان معلوما فيما مر (قوله والمنافع) بالخرططف على الأموال وعن دعوى المنافع، وهو من تمام لفظ القنطري. قال المصنف في تعليقه (لأنها تملك بمقدار الإجارة فكذا بالصلح) أقول: لئلا نقول: يشكل هذا التعليل بما ذكره شيخ الإسلام علاء الدين الإسيباني

(فصل)

لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرائطه ومن ذكر أنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز. قال (والصلح جائز عن دعوى الأموال) الأصل في هذا الفصل أن الصلح يجب حله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتياالا لتصبح تصرف العاقل بقدر الإمكان، فإذا كان عن مال بمال كان في معنى البيع كما مر. وإذا كان عن المنافع بمال كما إذا أوصى بسكنى داره ومات فادعى الموصى له السكنى فصالح الورثة عن شيء كان في معنى الإجارة، لأن المنافع تملك بمقدار

(فصل والصلح جائز)

(قال المصنف: والصلح جائز عن دعوى الأموال لأنه في معنى البيع) أقول: متى إذا لم يكن بالمنافع وإلا فهو بمعنى الإجارة (قال المصنف: قال: والمنافع لأنها تملك بمقدار الإجارة فكذا بالصلح) أقول: قال العلامة الإفتاوى: قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسيباني في شرح الكافي: وإذا أوصى الرجل لرجل بمضعة عبده سنة وهو يخرج من تلك فصله الوارث من عبده على درهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبده أكثر أو على ركوب دابة أو على ليس ثوب شيئا فهو جائز، والتأني أن لا يجوز لأن الموصى له بمنزلة المستعير، والمستعير لا يقدر على تملك المنفعة من أحد يبدل، ولهذا لو أجر منهم لا يصح، إلا أنا نقول بأن هذا ليس بتعليق لإمام يبدل بل هو إسقاط حقه الذي وجب له بمقدار البضعة يبدل، وللفظ الصلح لفظ يحمل التملك ويحمل الإسقاط، فإن لم يكن تصحيحه تملكًا أمكن تصحيحه إسقاطًا فصححه إسقاطًا، وهو حق محبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشرط، ولهذا جاز على خدمة عبده أكثر. فلو كان هذا تملكًا لكان باطلا لأن بيع الخادمة بالخدمة لا يجوز، وكذلك لو فعل ذلك وصى الوارث الصغير لأنه تصرف فاض في حقه فإن مات العبد الموصى بخدمته بعد ما قبض الموصى له ما صالحوه عليه فهو جائز لأنه عقد إسقاط وقد تم بالموت لأن حقه في منفعة مادام حيًا وقد أسقط كل ذلك بالصلح فسلم له التمس. قال العلامة التتبي في الكافي: والصلح جائز عن دعوى المنافع بأن لدعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فصححه أو أقر به فصله الوارث على فيه جاز لأنه جاز أخذ الموصى عنها بالإجارة فكذا بالصلح انتهى. وأنت خير بين ما نقل من الإسيباني والكنز من المخالفة، ولس في جواز الإجارة روايتين فليأتمل. ثم أعلم أن ظاهر ما ذكره الإفتاوى من قوله إلا أنا نقول بأن هذا ليس بتعليق لإمام يبدل بل هو إسقاط حقه بالغ مخالف لما ذكر في الهداية كما لا يخفى. وفي مبسوط الإمام شمس الأئمة السرخسي: ولأن

في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الصلح في الرصايا حيث قال: وإذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثة فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على ليس ثوب شبرا فهو جائز ، والقياص أن لا يجوز لأن الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقتدر على تملك المنفعة من أحد ببدل ، ولهذا لو أجرة منهم لا يصح ، إلا أنا نقول : لأن هذا ليس بتمليك لإيهم ببدل ، بل هو إسقاط حقه الذي وجب له بعد الوصية ببدل ، ولقطة الصلح محتمل التملك وتحتمل الإسقاط ، فإن لم يكن تصحيحه تملكاً أمكن تصحيحه إسقاطاً فصالحه إسقاطاً وهو حق معتبر يوازى الملك فاحتمل التقويم بالشرط ، إلى هنا كلامه . فإن الموصى له إذا لم يقدر على تملك المنفعة الموصى بها من أحد لم يصح تعليل جواز الصلح عن تلك المنفعة بأن المنافع تملك بعد الإجارة فكذلك بالصلح . ثم أقول : يمكن أن يقال : إن الموصى له وإن لم يقدر على تملك المنفعة الموصى بها حقيقة إلا أنه يقدر على تملكها حكماً من حيث أنه يقدر على إسقاطها ببدل ، وقد أشار إليه الإمام الإسيباني بقوله : وهو حق معتبر يوازى الملك فاحتمل التقويم ، فعنى تعليل المصنف أن جنس المنافع يملك حقيقة بعد الإجارة كما إذا أجرة ملكه ، فكذلك يملك حكماً بالصلح كما إذا صالح عن المنفعة الموصى بها ، فعلى هذا يحصل التوفيق بين كلامي الشيخين . قال الإمام التتسي في الكافي : الصلح جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فيجده أو أثر به فصالحه الوارث على شيء جاز ، لأنه جاز أخذ العوض عنها بالإجارة فكذلك بالصلح انتهى . وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا : ونقل ما ذكره الإمام الإسيباني في شرح الكافي للحاكم الشهيد على ما مر ، وأنت خير بما بين ما نقل من الإسيباني والكافي من المخالفة ، ولعل في جواز الإجارة روايتين فليتأمل انتهى . أقول : المخالفة بينهما في الفهم لا في المفهوم ، لأن مراد صاحب الكافي هو أنه جاز أخذ العوض عن جنس المنافع بالإجارة كما إذا أجرة ملكه ، فكذلك جاز أخذ العوض بالصلح كما إذا صالح عن المنفعة الموصى بها كسكنى دار سنة مثلاً ، وليس مراده أنه كما جاز أخذ العوض عن منفعة معينة . هي سكنى دار مثلاً وصية من رب الدار بالإجارة ، كذلك جاز أخذ العوض عن تلك المنفعة بالصلح عنها حتى تازم المخالفة . ثم أقول : بقی هاتنا كلام ، وهو أن ما ذكره الإمام الإسيباني في شرح الكافي من أنه إذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلثة فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على ليس ثوب شبرا فهو جائز ، وما ذكره صاحب النهاية نقلاً عن المغني من أنه إذا أوصى الرجل لرجل

الإجارة فكذلك بالصلح ، وإذا صالح عن جنابة العمد أو انحطط صبح . أما الأول فلقوله تعالى - فمن عفى له من أمية شيء - . ووجه الاستدلال على أحد معنييه وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما والحسن والضحاك : فمن أعطى له في سبيله من أمية المقتول شيئاً من المال بطريق الصلح فاتباع : أي غلوى القاتل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف : أي على عجملة وحسن معاملة وأداء . أي وعلى المصالح أداء ذلك إلى ولي القاتل بإحسان في الأداء ، وهذا ظهير في الدلالة على جواز الصلح عن جنابة القاتل العمد . وأما المعنى الآخر وهو مروى عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم فمن عفى عنه وهو القاتل من أمية في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بأن كان القاتل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقيين مالا وهو الدية على قدر حصصهم من الميراث فاتباع المعروف : أي فليقبض الذين لا يغفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف : أي بقدر حقوقهم من غير زيادة عليه وأداء إليه بإحسان : أي وليؤد القاتل إلى غير المعافي حقه وأما غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهراً ، فلهذا قال ابن

الوارث اشترى منه الخمسة ببعض ما ذكرنا لم يجوز لأن الفراء انظر خاص وضع تملك مال بمال ، وللوصى له بالخدمة لا يملك تملك الخدمة بعوض من غير الوارث بطريق البيع والإجارة ، فكذلك لا يملك تملكه من الوارث ، بخلاف لفظ الصلح ، ألا يرى أن المعنى عليه بعد الإنكار لو صالح المعنى على شيء لم يصح به مقراً حتى إذا استحق عاد إلى رأس الدعوى ، ولو اشترى منه المعنى مبار مقراً له بالملك حتى لو استحق البذل رجع بالمعنى انتهى (قوله فن أعطى له الخ) أقول : من حيث كناية عن الولي (قوله فن عفى عنه) أقول : فيكون له معنى عنه

والأصل فيه أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقد ما أمكن . قال (ويصح عن جناية العمد والخطأ) أما الأول فلقوله تعالى - فن عني له من أخيه الشيء فاتباع - الآية . قال ابن عباس رضي الله عنهما : إنها نزلت في الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة النكاح ، حتى أن ما صلح مسمى فيه صلح هاهنا إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال إلا أن عند فساد التسمية هنا يصار إلى الدية لأنها موجب الدم . ولو صلح على خير لا يجب شيء لأنه لا يجب بمطلق العفو :

بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصاحبه الوارث من الخدمة على دراهم جاز ، وكذلك لو صاحبه على خدمة عبد آخر يجوز أيضا ، وكذلك لو صاحبه على ركوب دابة شهرا وليس ثوب شهرا فهو جائز انتهى مخالف لما ذكر في كثير من الكتب المختارة ، فإن مدلولهما جواز الصلح عن المنفعة وإن اتحد جنس المتعنتين من حيث جاز فيهما مصالحة الوارث عن خدمة عبد على خدمة عبد آخر ، والمصرح به في كثير من المختبرات عدم جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة . قال في البدائع : فإن كان المتعنتان من جنسين مختلفين كما إذا صلح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالإجماع ، وإن كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا ، وموضع المسئلة كتاب الإجازات ، وإذا اعتبر الصلح على المتافع إجازة يصح بما يصح به الإجازات ويفسد بما يفسد به انتهى . وقال في التبيين : إنما يجوز عن المتافع إذا كانتا مختلفتي الجنس ، وإن كانتا متفتتين بأن يصلح عن السكنى على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز ، لأنه لا يجوز استتجار المنفعة بنفسها فكذا الصلح . وعند اختلاف الجنس يجوز استتجارها بالمنفعة فكذا الصلح انتهى إلى غير ذلك من المختبرات فتدبر (قوله والأصل فيه أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما أمكن) أقول : لقائل أن يقول : قد يقع الصلح على مجرد ترك الدهوى من الجانبين ويجوز كما صرحوا به ، فلمكان حمل مثله على شيء من العقود غير ظاهر سيما إذا وقع على ترك دهوى جناية العمد من الجانبين فتأمل (قوله وهو بمنزلة النكاح حتى أن ما صلح مسمى فيه صلح هاهنا إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال)

عباس إنها نزلت في الصلح (قوله وهو بمنزلة النكاح) إشارة إلى أقرب عقد يعمل عليه الصلح عن دم العمد فإنه في معنى النكاح من حيث أن كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ، ومن حيث أن كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالراضى ، وإذا كان في معناه فما صلح أن يكون مسمى في النكاح صلح هاهنا ، فلو صاحبه على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز ، لأن المنفعة المعلومة صبحت صدقا ، فكذا بدلا في الصلح وإن صاحبه على ذلك أبدا لم يجر لأنه لم يصلح صدقا بجهالة فكذا بدلا ، ولا يتوهم لزوم العكس فإنه غير لازم ولا هو لمزم ، ألا ترى أن الصلح عن القتل العمد على أقل من عشرة صحيح وإن لم يصلح صدقا ، وأنه إذا صلح على أن يعفو من جليه عن قصاص له على آخر جاز وإن لم يصلح العفو عن القصاص صدقا لأن يكون العبدان مالا منصوب عليه بقوله تعالى - أن يتفوا بأموالكم - وبذلك الصلح في القصاص ليس كذلك فيمكن يكون العفو فيه مقنونا والقصاص مقنوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر ، وقوله إلا أن عند فساد التسمية استثناء من قوله إن ما صلح مسمى فيه صلح هاهنا بمعنى لكن : أي لكن إذا فسدت التسمية بهالة فاحشة أو بتسمية ما ليس بمال مقنوم فرق بينهما ، فإن كان الأول كما إذا صلح على دابة أو ثوب غير معين يصار إلى الدية لأن الولي ما رضى بسقوط حقه فيصار إلى بدل ما سلم له من النفس وهو الدية في مال القتال لأن بدل الصلح لا تتحمله المائلة لوجوبه بحقه وإن كان الثاني كما لو صلح على خير فإنه لا يجب عليه شيء لأنه لما لم يسم مالا مقنوما جاز ذكره والسكرت عنه سيين ، ولو سكنت لبقى العفو

(قوله ولا يتوهم ، إلى قوله : وإن لم يصلح صدقا) أقول : لكن قال في المحيط : إذا صاحبه على وصيف عن دم العمد فهو جائز ، والأصل في جنس هذه المسائل أن ما صلح مهورا في النكاح صلح بدلا في الصلح عن دم العمد وما لا فلا ، والوصيف يصلح مهورا في النكاح وينصرف مطلقا إلى الوسط ، فكذا يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد مطلقا ينصرف إلى الوسط انتهى . والمتقود قوله وما لا فلا فليتأمل ، فإن فيه

وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لأنه الموجب الأصلي، ويجب مع السكوت عنه حكماً، ويدخل في إطلاق جواب الكتاب الجنائية في النفس وما دونها ، وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لأنه حق التملك ، ولا حق في المثل قبل التملك . أما القصاص فملك المثل في حق الفعل فيصح الاعتراض عنه. وإذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لأنها تبطل بالإعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه ، غير أن في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه .

قال الشراح في شرح قوله إن ما صلح مسمى فيه صلح هائنا . ولا يتعكس هذا : أي لا يقال كل ما يصلح بدلاً في الصلح يصلح مسمى في النكاح ، فإن هذا العكس غير لازم ولا ملزم لأن الصلح عن دم العمد على أقل من عشرة دراهم صحيح وإن لم يصلح مادون العشرة صدقاً ، ولأنه لو صلح من عليه القصاص على أن يعفو عن قصاص له على آخر جاز ، وإن لم يصلح العفو عن القصاص صدقاً لأن كون الصداق مالا متصوص عليه بقوله تعالى - أن تتفوا بأموالكم - وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكون العفو فيه متقوماً والقصاص منقوماً حتى صلح المال عوضاً عنه فيجوز أن يقع عوضاً عن قصاص آخر انتهى كلامهم . أقول : هنا إشكال وهو أنه إذا صح أن يكون بدل الصلح في جنابة العمد ما ليس بمال العفو عن القصاص لزم أن لا يصح قول المصنف ، إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال لأن الصلح عن جنابة العمد في صورة أن صلح من صلح من عليه القصاص على العفو عن قصاص له على آخر ليس بمبادلة المال بغير المال بل هو هناك مبادلة غير المال بغير المال كما لا يخفى . وقال الشراح تزيهاً على قول المصنف حتى أن ما صلح مسمى فيه صلح هائنا ، فلو صلح من دم العمد على سكني دار أو خدمة عبد سنة جاز لأن المنفعة المعلومة صلحت صدقاً فكذلك بدلاً في الصلح ، ولو صلح على ذلك أبداً

مطلقاً ، وفيه لا يجب شيء فكذلك في ذكر المهر (وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين) أي في فصل تسمية المال المجهول وفصل المهر (لأنه الموجب الأصلي) في النكاح ، ويجب مع السكوت عنه حكماً قال الله تعالى قد علمنا ما فرضا عليهم في أزواجهم . وموضعه أصول الفقه . وتحقيقه أن المهر من ضرورات عقد النكاح فإنه ما شرع إلا بالمال ، فإذا لم يكن المسمى صلحاً صار كما لم لو يسم مهراً ، ولو لم يسم مهراً وجب مهر المثل فكذلك هائنا . وأما الصلح فليس من ضروراته وجوب المال ؛ فإنه لو عفا بلا تسمية شيء لم يجب شيء ، وفيه نظر لأن العفو لا يسمى صلحاً . والجواب أن الصلح على مالا يصلح بدلاً عفو من له الحق فيصح أن وجوبه ليس من ضروراته (ويدخل في إطلاق جواب الكتاب) وهو قوله ويصح عن جنابة العمد (الجنائية في النفس وما دونها وهذا) أي الصلح عن جنابة العمد بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال فإنه لا يصح لأن حق الشفعة حتى أن يملك ، وذلك ليس بحق في المثل قبل التملك فأخذ البذل أخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المثل وذلك رشوة حرام . أما القصاص فإن ملك المثل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان أخذ العفو عما هو ثابت له في المثل فكان صحيحاً (وإذا لم يصح الصلح بطل حق الشفعة لأنها تبطل بالإعراض والسكوت) وقيد بقوله حق الشفعة على مال أحترزا عن الصلح على أخذ بيت بعينه من الدار بغير معين ، فإن الصلح مع الشفع في جائر ، وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بمحضته من المثل فإنه لا يصح لأن حصته مجهولة لكن لا تبطل الشفعة لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الأخذ بالشفعة بهذا الصلح (والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة) يعني إذا حصل عن نفس رجل فجاء المكفول وصالح الكفيل على شيء من المال على أن يأخذه المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لا يصح الصلح (ولا يجب المال ، غير أن في بطلان الكفالة روايتين) في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية أبي حفص ، وبه ينفى لأن سقوط لا يتوقف على العفو ، وإذا سقط لا تعود. وفي الصلح من رواية أبي سليمان لا تبطل لأن الكفالة بالنفس وقد تكون موصلة إلى المال فأعدت حكمه من هذا الوجه ، فإذا رضى

خالفه أخرى لقوله عندئذ التسمية يصار إلى الدية (قوله والجواب أن الصلح على مالا يصلح بدلاً عفو من له الحق) أقول : فيه نوع مصادر

وأما الثاني وهو جناية الخطأ فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع ، إلا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية لأنه مقدر شرعا فلا يجوز إبطاله فترد الزيادة ، بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لأن القصاص ليس بمال وإنما يتقوم بالعقد ، وهذا إذا صالح على أحد مقادير الدية ، أما إذا صالح على غير ذلك جاز لأنه مبادلة بها ، إلا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقا عن دين يدين . ولو قضى القاضي بأحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لأنه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا تجوز الزيادة على ما تعين .

أو على ما في بطن أمته أو على غلة نخله ستين معلومة لم يجوز لأنه لم يصلح صدقا فكلا بدلا في الصلح انتهى . أقول : فيه بحث لأن تعليمهم عدم جواز الصلح عن دم العمد على الأشياء المذكورة بقولهم لأنه لم يصلح صدقا فكلا بدلا في الصلح بنائى قولهم بأن العكس هاهنا غير لازم ولا ملزم ، فإن صحة التعليل بما ذكرنا يبنى على لزوم العكس والزامه ، فالصواب لتعليل عدم جواز الصلح في تلك الصور بجهالة المصالح عليه من غير تعرض لثلا يصلح صدقا فإن جهالته تفسد الصلح فيا احتجج فيه إلى التسليم والتسليم كما تقرر فيما مر . وقال بعض الفضلاء في حاشيته عن قول صاحب العناية : ولا يتوهم لزوم العكس فإنه غير لازم ولا هو ملزم ، لكن قال في المحيط : إذا صالحه على وصيف من دم العمد فهو جائز ، والأصل في جنس شرع المسائل أن ما صلح مهرا في النكاح صلح بدلا في الصلح عن دم العمد وما لا فلا ، والوصيف يصلح مهرا في النكاح ويصرف مطلقا إلى الوسط فكذا يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف إلى الوسط انتهى . والمقصود قوله وما لا فلا فليتأمل فإن فيه غفلة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية ، إلى هنا كلام ذلك البعض . أقول : لا تخالفة فيه لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية ، إذ لفساد في التسمية فيا قاله صاحب المحيط ، لأن فساد التسمية بجهالة فاحشة وليس في الوصيف جهالة فاحشة سيما إذا انصرف مطلقا إلى الوسط كما صرح به ولهذا يصلح مهرا في النكاح وهذا أمر لا ستره به (قوله وأما الثاني وهو جناية الخطأ فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع) أقول : فيه شيء وهو أنهم صرحوا بأن الصلح إذا كان على جنس ما استحقه

أن يسقط حقه بوضعي لم يسقط عانا (وأما الثاني وهو جناية الخطأ فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع) ثم الصلح فيه إما أن يكون على أحد مقادير الدية أولا ، والأول إما أن يكون منفردا أو منضمما إلى الصلح عن العمد ، فإن كان منفردا وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لأنه مقدر شرعا والمقدر الشرعي لا يبطل فترد الزيادة ، بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية ، إذ ليس فيه تقدير شرعي فكانت الزيادة إبطالا له ، بل القصاص ليس بمال فكان الواجب أن لا يقابله مال ، ولكنه أشبه النكاح في تقويمه بالعقد فجاز بأى مقدار تراضيه عليه كالتسمية في النكاح ، وإن كان منضمما إلى العمد كان كما إذا قتل عمدا وآخر خطأ ثم صالح أوليائهما على أكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطأ الدية وما بقي فلصاحب العمد ، كمن عليه لرجل مائة دينار وآخر ألف درهم فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب الألف الألف والباقى لصاحب الدنانير . والثاني كما إذا صالح على مكيل أو موزون جازت الزيادة على قدر الدية لأنه مبادلة ، إلا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقا عن دين الدية يدين بدل الصلح (ولو قضى القاضي بأحد مقادير الدية مثل أن قضى بمائة من الإبل ثم صالح أولياء القاتل على أكثر من مائة بقرة جاز لأن الحق قد تعين بالقضاء في الإبل) وخرج غيره من أن يكون واجبا بهذا الفعل (فكان ما يعطى عوضا عن الواجب) فكان صحيحا (بخلاف الصلح) بالزيادة عليه (ابتداء لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين) ولو قضى القاضي بأحد المقادير زيادة على مقدار الدية لم يجوز ، فكذا هذا .

(قوله بل القصاص ليس بمال) أقول : وهذا يظهر وجه بطلان الصلح عن الكفالة (قوله والثاني كما إذا صالح على مكيل الخ)

قال (ولا يجوز عن دعوى حدم) لأنه حق الله تعالى لاحقه ، ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ، ولهذا لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة نسب ولدها لأنه حق الولد لاحقتها، وكذا لا يجوز الصلح عما أشعره إلى طريق العامة لأنه حق العامة فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد عنه ، ويدخل في إطلاق الجواب حد القذف لأن الغلب فيه حق الشرع . قال (وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تتجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع) لأنه أمكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بدلا للمال لدفع الخصومة . قالوا : ولا يحل له أن يأخذ نفيا بينه وبين الله تعالى إذا كان مبطلا في دعواه . قال (وإذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها جاز) قال رضى الله عنه: هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر ، وفي بعضها قال : لم يجوز . وجه الأول أن يجعل زيادة في مهرها . وجه الثاني أنه بدل لها المال لتترك الدعوى

المدعى عليه لم يحمل على المعارضة وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ، وسألت ذلك في الكتاب أيضا في باب الصلح في الدين . ولا يخفى أن الصلح من جنات الخلل إذا كان على أحد مقادير الدية مطلقا قبل أن يقضى القاضي بأحد منها بعينه أو كان على جلس ما قضى القاضي به بعد أن قضى بأحد مقاديرها بعينه كان من ذلك القبول فلم يتم إطلاق قوله فيصير بمنزلة البيع فاطمأ (قوله وجه الأول أن يجعل زيادة في مهرها) أى أن يجعل كانه زاد في مهرها ثم خالها على أصل المهر دون الزيادة فسقط الأصل دون الزيادة ، كذا في الكافي وكثير من الشروح . قال صاحب غاية البيان : وفيه نظر عندى لأنه ضعيف جدا ، لأن الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال والصلح من نكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون ذلك زيادة في المهر اه . أقول : هذا كلام خال عن التحصيل ، فإن كون الصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال لا ينافي كون ذلك زيادة في المهر ، بل يقتضيه لأن ترك النكاح بلا فرقة مما لا يتصور شرعا ، فلا بد أن يجعل ترك النكاح بمال فرقة ببطلان وهو الخلع ، ولما جعل خلعا سقط أصل المهر فلا بد أن يجعل ما بذله لها زيادة في المهر وهذا وجه

قال (ولا يجوز عن دعوى حدم الأصل في هذا أن الاعتياض عن حق الغير لا يجوز ، فإذا أخذ رجل زانيا أو سارقا أو شارب لحم وأراد أن يرفعها إلى الحاكم فصالحه المسخوذ على مال ليرك ذلك فالصلح باطل . وله أن يرجع عليه بما دفع إليه من المال ، لأن الحد حق الله تعالى ، والاعتياض عن حق الغير لا يجوز ، وهو الصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام ، وإذا ادعت امرأة على رجل صبيا مويدها أنه ابنه منها وجحد الرجل ولم تدع المرأة النكاح وقالت إنه طلقها وبانت منه وصدها في الطلاق فصالح من الغصب على مائة درهم فالصلح باطل لأن النسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه (وإذا أشعر رجل إلى طريق العامة فصالح واحد من العامة على مال لا يجوز لأنه حق العامة فلا يجوز انفراد واحد منهم بذلك) وقد بقوله إلى طريق العامة لأن الظلة إذا كانت على طريق غير نافذة فصالحه رجل من أهل الطريق جاز الصلح ، لأن الطريق مملوكة لأهلها فيظفر على حق الأفراد ، والصلح معه مفيد لا يسقط حقه ويتوصل به إلى تحصيل رضا الباقيين ؛ وقد بقوله واحد على الانفراد لأن صاحب الظلة لو صالح الإمام على دراهم ليرك الظلة جاز إذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضعها في بيت المال ، لأن الاعتياض للإمام عن الشركة العامة جائز ، ولهذا لو باع شيئا من بيت المال صبح (وحد القذف داخل في جواب الحدود لأن الغلب فيه حق الشرع) ولهذا لا يجوز غفوه ولا يورث ، بخلاف القصاص . قال (وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحا الخ) هذا بناء على الأصل المار أن الصلح يجب اعتباره بالقرب المفقود إليه شيئا ، وإذا جحدت النكاح فصالحته على مال بذلته أمكن تصحيحه خلعا في جانبه

أقول : هو مخطوف في مذهب بئانية أمطرتين وهو قوله والأول إما الخ (قال المصنف) وكذا لا يجوز الصلح عما أشعره إلى طريق العامة) أقول : قال العلامة النسفي في الكافي : بخلاف ما لو كان إلى طريق غير نافذة فصالحه رجل من أهل الطريق فالصلح جائز لأن الطريق مملوكة لأهلها التي (قال المصنف : لأنه حق العامة) أقول : وفي الكافي بدل قوله لأنه حق العامة لأن الحق في الشارع لجامعة المسلمين التي . يفهم منه أن الشارع يطلق على طريق العامة مطلقا حيث قول بغير الثالثة (قوله فصالحه رجل من أهل الطريق الخ) أقول : يمتن من أهل طريق غير نافذة

فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة . وإن لم يجعل فالخال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح . قال (وإن ادعى على رجل أنه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز وكان في حق المدعى بمنزلة الإعتاق على مال) لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في اللمة إلى أجل ، وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حر الأصل فجاز إلا أنه لا ولاء له لإنكار العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء . قال (وإذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له أن يصالح عن نفسه ، وإن قتل عبدا له رجلا عمدا فصالحه جاز) ووجه الفرق أن رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكلنا استخلاصا بمال المولى وصار كالأجنبي ،

لاخبار عليه (قوله فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة) إذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة ، وإنما المرأة هي التي تسلم لها نفسها وتتخلص عن الزوج ، كذا في الكافي وكثير من الشروح . أقول : لما عني قولهم ، إذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة فإنه يسلم له منها أصل المهر ، إذ لولا هذه الفرقة لزمه مهرها عند إلبائها النكاح فجاز أن يعطى الزوج العوض ليسلم له المهر في ضمن هاتيك الفرقة التي هي في معنى الخلع . فإن قلت : يجوز أن يكون مراد المصنف فالزوج لا يعطى العوض بناء على وقوع هذه الفرقة من جانب المرأة كما يشعر به تقرير باج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال : يعني أن هذا الصلح إن جعل فرقة فلا عوض في الفرقة من جانبها على الزوج ، كالمرأة إذا مكنت ابن زوجها لا يجب عليه شيء انتهى . ويشير إليه قول صاحب العناية : فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة ، كما إذا مكنت

بناء على زعمه وبدلا للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطء الحرام في جانبها ، فإن أقام على التزويج بينة بعد الصلح لم تقبل لأن ما جرى كان خلعا في زعمه ولا فائدة في إقامتها بعده ، وإن كان مبطلا في دعواه لم يخل ما أخذ به بینه ويزن الله تعالى ، وهذا عام في جميع أنواع الصلح ، إلا أن يسلمه بطيب عن نفسه فيكون تمليكاً على شريك المبة . وفي عكس هذه المسئلة وهي ما إذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بدله لها اختلعت نسخ المختصر في ذلك ، فوقع في بعضها جاز ، وفي بعضها لم يجز . وجه الأول أن يجعل كأن الزوج بإعطائه بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها . ووجه الثاني أنه بدل لها لترك الدعوى ، فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما إذا مكنت ابن زوجها ، وإن لم يجعل فرقة فالخال على ما كان عليه قبل الدعوى لأن الفرقة لما لم توجد كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمّة شيء يقابله العوض فكان رشوة (وإن ادعى على رجل) يجهول الحال (أنه عبده فصالحه على مال أعطاه إياه فأقرب العقود إليه شيئا المتق على مال فيجعل بمنزلة إمكان تصحيحه على هذا الوجه في زعمه ، ولهذا يصح على حيوان إلى أجل في اللمة) ولا يصح ذلك إلا بمقابلة ما ليس بمال كالنكاح والديات ولهذا لا يصح السلم في الحيوان (و) يجعل (في حق المدعى عليه لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حر الأصل فجاز ، إلا أنه لا يثبت الولاء لإنكار العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء) لأنه صالحه بعد كونه عبداً له فكان صلحه بمنزلة الإعتاق على مال وفيه الولاء (وإذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا فصالحه عن نفسه لم يجز) سواء كان عليه دين أو لا (وإن قتل عبداً له) أي العبد المأذون له (رجلا عمدا فصالحه جاز) سواء كان عليه دين أو لا (والفرق أن رقبته ليست حاصلة من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا وإن جاز إجارته فلا يجوز أن يستخلص رقبته بمال المولى وصار كالأجنبي) أي صار العبد كالأجنبي في حق نفسه لأن نفسه مال المولى ، والأجنبي إذا صالحه عن مال مولاه بدون إذن لا يجوز فكلها هاتنا

(قوله والوطء الحرام في جانبها) أقول : فيه بحث ، فإنه لا يكون حراما إذا كان بالقضاء ، وجوابه أن المرأة يجوز أن تعتقد ذلك على رأى من قال لا ينفذ القضاء باطلا (قوله فكان رشوة) أقول : أي رشوة محضة . قال المصنف : ولهذا لا يملك التصرف فيه) أقول : قال في النهاية : أي في رقبته يتأويل المفسر أو الجزء انتهى . فيه بحث ، فإن الرقبة هنا مجاز عن النفس .

أما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا ، وهذا لأن المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه . قال (ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه متاع على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه) لأن الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا ، بخلاف ما إذا صالح على عرض لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس ، وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لأنه يدخل تحت تقويم القومين فلا تظهر الزيادة . ولأبي حنيفة أن حقه في المالك باق حتى لو كان عبدا وترك أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه في مثله صورة ومعنى ، لأن ضمان العلوان بالمثل ، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء فقبله إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا ، بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة .

ابن زوجها انتهى فإذا حال هذا المعنى ؟ قلت : يرد عليه أيضا أن يقال : وقوع الفقرة من جانب المرأة إنما يمنع إعطاء الزوج العوض لو كانت هي مستقلة في مباشرة سبب الفقرة كما إذا مكنت ابن زوجها ، وأما إذا كانت مباشرتها بسبب الفقرة يرى الزوج ورضاها كما فيها نحن فيه إذا كان تركها دعوى النكاح فيه يطلب الزوج ورضاها حيث تصالحا عنه على مال بذله لها فلا نسلم أن وقوع الفقرة من جانب المرأة في مثل ذلك يمنع إعطاء الزوج العوض ، ألا يرى أنه لو قال رجل لامرأته طلقي نفسك أو قال لها اختاري ينوي بذلك الطلاق فلها أن تطلق نفسها مادامت في مجلسها ذلك ، فإن طلقت نفسها في ذلك المجلس لزم مهرها قطعا فلم يكن وقوع الفقرة من جانبها هناك مانعا من وجوب المهر على الزوج كما كان مانعا عنه فيها إذا مكنت ابن زوجها ، فكذا هاهنا لا يكون وقوعها من جانبها مانعا من لزوم إعطاء الزوج العوض فتدبر قوله أو حقه في مثله صورة ومعنى لأن ضمان العلوان بالمثل ، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء الخ) قال صاحب المتابة : وفي كلام المصنف تسامح لأنه وضع المسئلة

(أما عبده فمن تجارته وكسبه وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا ، و) تحقيق (هذا أن المستحق كالزائل عن ملكه) فصار كأنه مملوك للمولى ولهذا كان له أن يتلفه (وهذا) أي الصلح (كأنه شراؤه وهو يملك ذلك) بخلاف نفسه ، فإنه إذا زال من ملك المولى لا يملك شراؤه فكذا لا يملك الصلح ، وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب ، فإنه لو قتل عبدا فصالح عن نفسه جاز . وأجيب بأن المكاتب حر يدا واكتسابه له ، بخلاف المأذون له فإنه عبيد من كل وجه وكسبه لمولاه ، ثم صلح العبد المأذون له وإن لم يصح لكن ليس لولى القتل أن يقتله بعد الصلح ، لأنه لما صالحه فقد عفا عنه ببطل فصيح العفو ، ولم يجب البذل في حق المولى فتأخر إلى ما بعد العتق لأن صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفا وإن لم يصح في حق المولى ، فصار كأنه صالحه على بدل مؤجل يؤخذ به بعد العتق ، ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له أن يقتل ولا أن يتبعه بشيء ، فكلما هذا : قال (ومن غصب ثوبا يهوديا الخ) يهود قوم من أهل الكتاب ينسب إليهم الثوب يقال ثوب يهودي وإنما خصه بالذكر إشارة إلى كونه معلوم القيمة وكل قيمى معلوم القيمة حكمه كذلك فعل هذا من غصب قيميا معلوم القيمة فاستهلكه فصالح من القيمة على أكثر منها من النقود جاز عند أبي حنيفة ، وقال : يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن فيه الناس ، وقيد بالغصب لأنه المحتاج إلى الصلح غالبا ، وقيد بالقيس احترازا من الخطي ، فإن الصلح عن كرم حنطة على ذراهم أو دنائير جائز بالإجماع سواء كانت أكثر من قيمته أو لا ، ولكن القيس شرط وإن كانتا باعينهما فلا يلزم بيع الكلى بالكلى ، وقيد بقوله معلوم القيمة ليظهر القبح الفاحش المسامح من لزوم الزيادة عندهما ، وقيد بالاستهلاك لأن الغصوب إذا كان قائما جاز الصلح على أكثر من قيمته بالإجماع ، وقيد بقوله من النقود لأنه لو صالح على طعام موصوف في الذمة حالا وقبضه قبل الافتراق جاز بالإجماع . والأصل في هذا أن الثراهم تقع

(قوله ولهذا كان له الخ) أقول : الفسير في قوله له راجع إلى الول (قوله وهذا : أي الصلح كأنه شراؤه الخ) أقول : فأشار الشارح إلى أن الكلام على التشبيه (قوله يؤخذ به بعد العتق) أقول : قوله يؤخذ به بعد صفقة أخرى .

قال (وإذا كان العبد بين رجلين أحضه أحدهما وهو مرفصا لهما الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل) وهذا بالاتفاق . أما عندهما ظلما بينا . والفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن القيمة في العتق منصوص عليها

في القيمي وذكر في الدليل المثل ، فإن وجوب المثل صورة ومعنى إنما هو في المثلثات ولا يصار فيها إلى القيمة إلا إذا انقطع المثل فيعتدل بصار إليها انتهى كلامه . أقول : قد غلط في استخراج هذا المقام ، فحمل كلام المصنف على التسامح ، ومنشأ ذلك أنه زعم أن مراد المصنف بالحق في قوله أو حقه في مثله صورة ومعنى هو حق الأخذ ، وهذا غير متصور في القيميات لأن أخذ المثل فرع وجوده ، ووجود المثل صورة ومعنى إنما يتصور في المثلثات ، وليس مراد المصنف به ذلك قطعا ، بل إنما مراده به حق تعلق المالك بجهة أن الواجب في ذمة الغاصب حقا للمالك مثل المالك صورة ومعنى ، وهذا الحق يتصور في القيميات أيضا وإن لم يتصور حق الأخذ إلا في المثلثات ، لأن وجوب القيميات في الذمة ممكن كالحيوان والثوب في النكاح والدية وغيرهما على ما صرحوا به . وبما فصح عقلا ما ذكر في اللخيرة ونقل عنها في النهاية بأن قال : والوجه لأبي حنيفة رحمه الله أن هذا احتياض عن الثوب والحيوان حكما فيجوز بالغ ما يبلغ كالاكتناض عن الثوب والقائم والحيوان القائم حقيقة . وإنما قلنا :

في مقابلة عين المصنوب حقيقة إن كان قائما ، وتقديرا إن لم يكن عند أبي حنيفة ، وعندهما بمقابلة قيمة المصنوب فقالا إن الواجب هو القيمة وهي مقدرة بالدرهم والذنانير فالزيادة عليهما بما لا يتباين فيه الناس كان ربا ، بخلاف ما إذا صالح على عرض لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس ، وبخلاف ما يتباين الناس فيه لأنه يدخل تحت تقوم المقومين فلا تظهر فيه الزيادة . ولأبي حنيفة طريقان : أحدهما أن المصنوب بعد الملاك باق على ملك المالك ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة ، حتى لو كان عبدا واختار ترك التضمن كان العبد هالكا على ملكه حتى كان الكفن عليه ، ولو كان أبقا فعد من إبقائه كان مملوكا له ، وإذا كان كذلك فالبدل الذي وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه في الثوب أو العبد ، ولا ربا بين العبد والدرهم كما لو كان العبد قائما . والثاني أن الواجب على الغاصب رد العين لقوله صلى الله عليه وسلم « من أعتق عبدا ما أخذت حتى ترده » فهو الأصل في الغصب ، وإنما تجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين ، وكان ذلك ضروريا لا يصار إليه إلا عند العجز ، فإذا صالح على شيء كان البدل عوضا عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر الفضل ليكون ربا ، وفي كلام المصنف تسامح لأنه وضع المستل في القيمي ، وذكر في الدليل المثل فإن وجوب المثل صورة ومعنى إنما هو في المثلثات ، ولا يصار فيها إلى القيمة إلا إذا انقطع المثل فيعتدل بصار إليها . ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك إشارة إلى أن المثل إذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه إلى القيمة إلا بالقضاء ، فقبله إذا تراضيا على الأكثر كان احتياضا فلا يكون ربا ، بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة . ونوقض بما لو صالحه على طعام موصوف في الذمة إلى أجل فإنه لا يجوز ، ولو كان بدلا عن المصنوب جاز لأن الطعام الموصوف بمقابلة المصنوب ثمن ومقابلة القيمة مبيع ، وبما لو صالح من الدية على أكثر من عشرة آلاف درهم لم يميز . وأجيب بأن المصنوب المستهلك لا يعرف على أثره فكان كالدين ، والدين بالدين حرام حتى لو صالحه عن ذلك حالا جاز وبأن البدل جعل في مقابلة الدية لأنه لا وجه لحمله على الاحتياض عن المقتول . وعروض دليل أبي حنيفة بأنه لو باع حين المصنوب بعد الملاك أو الاستهلاك من الغاصب لم يميز ، فلو كان بمنزلة القائم حكما بلزا . وأجيب بأن المبيع يقتضى قيام مال حقيقة لكونه تمليك مال مقوم بمال مقوم والمالك ليس بمال . وأما الصلح فيمكن تصحيحه إسقاطا وصحته لا تقتضى قيام مال مقوم حقيقة (قوله وإذا كان العبد بين رجلين الخ) ظاهر ، والمراد بالنص ما مر في العتاق من قوله صلى الله عليه وسلم « ومن أعتق شخصا من عبد بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه فيضمن إن كان موصرا أو يسمى العبد » .

(قوله وفي كلام المصنف تسامح ، إلى قوله : إنما هو في المثلثات) أقول : وفي الكافي أو حقه في الأصل صورة ومعنى ، إذ الواجب ضمان المدون وهو مقيد بالمثل كما نطق به النص ، ولإيجاب الحيوان والثوب فالذمة ممكنة في النكاح والدية انتهى . وبه يتلغ ما ذكره الشارح ، فإن قوله وجوب المثل صورة ومعنى إنما هو في المثلثات غير مسلم وعليه بالتأمل .

وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه ، بخلاف ما تقدم لأنها غير منصوص عليها (وإن صالحه على عروض جاز) لما بينا أنه لا يظهر الفضل ، والله أعلم بالصواب .

(باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

(ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه إلا أن يضمه ،

إن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكما لأن الواجب في ذمة الغاصب حقا للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه لأنه ضمان عبوان فيكون مقيدا بالمثل . والمثل من كل وجه هو المثل صورة وشمعى ، ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحيوان نحو المكيلات والموزونات وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية ، إلا أن عند الأخذ يصار إلى القيمة ضرورة أن أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن إلا بسابقة التقويم ، والأخذ والذائع لا يعرفان ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش ، ولا ضرورة في الوجوب لأن الوجوب بإيجاب الله تعالى والله تعالى عالم بملك فصيح ما ادعينا أن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان فيجوز كيفما كان انتهى . والعجب من صاحب العناية أنه بعد ما نظر إلى النهاية ومسائر المعتبرات وأطلع على ما فيها كيف وقع في تلك الورطة ؟ ثم قال صاحب العناية : ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك إشارة إلى أن المثل إذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه إلى القيمة إلا بالقضاء فقبله إن تراخيا على الأكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة انتهى . أقول : علده أقيح من ذنبه ، لأن المصنف هاهنا ليس بصدد بيان المسئلة حتى تفيد إشارته إلى اشتراك المستثنين في الحكم شيئا ، بل هو هاهنا في مقام الاستدلال على قول أبي حنيفة في الصلح عن الثوب المستهلك على أكثر من قيمته ، فإن لم يقد الدليل الذي ذكره المدعى بناء على كون المدعى في القيمي وكون الدليل مخصوصا بالمثل كما زعمه لايهم المطلوب فيختل الكلام لعدم إيفائه حق المقام ، ولا تجدى الإشارة إلى أمر أجنى عن الصدد نفعنا كالأحقى .

(باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

قال صاحب النهاية : لما كان تصرف المرء لنفسه أصلا قدمه على التصرف لغيره ، وهو المراد بالتبرع بالصلح لما أن الإنسان في العمل لغيره متبرع ، واقتضى أثره صاحب الغاية وصاحب العناية . أقول : إن قولهم وهو المراد بالتبرع بالصلح ليس بسديد ، إذ لو كان المراد بالتبرع بالصلح هاهنا مجرد التصرف لغيره لكان قول المصنف والتوكيل به مستلزما لتناول التبرع بالصلح بمعنى مجرد التصرف لغيره ما حصل بالتوكيل به أيضا . فالحق عندي أن المراد بالتبرع بالصلح هاهنا هو الصلح عن آخر بغير أمره ، وبالتوكيل به هو الصلح عنه بأمره ، وكلتا الصورتين مذكورتان في هذا الباب فيسلم ما ذكر في عنوان الباب عن الاستدراك . بئى شيء وهو أن التوكيل بالصلح فعل الموكل وهو متصرف فيه لنفسه فلا يتم وجه التقديم الذي ذكره بالنظر

(باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

لما كان تصرف المرء لنفسه أصلا قدمه على التصرف لغيره ، وهو المراد بالتبرع بالصلح لأن الإنسان في العمل لغيره متبرع . قال (ومن وكل رجلا بالصلح عنه الخ) ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه : أى عن وكل في رواية المصنف . وروى غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه إلا أن يضمه . المال لازم الموكل : أى على الموكل كما

(باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

(قوله وهو المراد بالتبرع بالصلح) أقول : فيه بحث (قال المصنف : لم يلزم الوكيل ما صالح عنه) أقول : أى عن وكل فالمال إلى اسم الموصول بخلاف : أى ما صالح عليه من الموكل (قوله وروى غيره) أقول : معنى الألف .

والمال لازم للموكل) وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لأنه إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح إلا أن يضمه لأنه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح ، أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل .

إلى قول المصنف في العنوان والتوكيل به . والجواب أن التوكيل المذكور في العنوان مصدر من المبنى المفعول فيرجع إلى معنى التوكيل وهو تصرف للغير . فإن قلت : فلم لم يقل والتوكيل به بدل قوله والتوكيل به حتى لا يحتاج إلى البيان بأنه مصدر من المبنى للمفعول . قلت : فائدة التعبير عن التوكيل بالتوكيل هي الإيحاء إلى أن المراد التوكيل الحاصل بالتوكيل وهو التوكيل بأمر الغير الذي هو الموكل لا المباشرة بنفسه بدون أمر الغير وهو التبرع بالصلح فيتدفع به توم الاستدراك ، تأمل فإنه معنى لطيف (قوله والمال لازم للموكل) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية في شرح الأقطع : والمال لازم على الموكل انتهى . وقال صاحب غاية البيان : واللام في للموكل بمعنى على كما في قوله تعالى - وإن أسأمت فلها - أي فعليا انتهى . واقتفى أثره صاحب النهاية حيث قال : والمال لازم للموكل : أي على الموكل كما في قوله تعالى - وإن أسأمت فلها - أي فعليا انتهى . أقول : لا وجه لحمل اللام في قوله والمال لازم للموكل على معنى (على) لأن للموكل متعلق بلازم وكلمة التزوم تتمدى بنفسها وبالباء ، يقال لزمه و لازم به ، ولا تتمدى بعلى ، فلو جعل اللام هنا بمعنى على لزم تعدي التزوم بعلى ولم تسمع قط ، فالصحيح أن تبقى اللام في حارة الكتاب على حالها ويكون إقامتها لتقوية العمل ، فالعنى والمال يلزم الموكل ، وإدخال اللام على معمول اسم الفاعل من الأفعال المتعدية بأنفسها لتقوية العمل شائع في كلام العرب ، بخلاف قوله تعالى - وإن أسأمت فلها - لأن اللام في (فلها) هناك متعلق بمقدر كما لا يخفى ، فيجوز أن يقدر ما يصلح أن تكون كلمة على جملة له فلا ضرر في أن يعمل اللام هناك على معنى على تأمل تحق (قوله وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين الثلث) قال صاحب النهاية : وهذا الذي ذكره من التأويل لا يكتفى لتأويل المسئلة ، فإن فيه قيد آخر وهو أنه إذا كان الصلح على الإنكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شيء ، وإن كان الصلح في المعاوضات لأنه ذكر في المبسوط في باب الصلح في المقار : ولو ادعى رجل في دار رجل حقا فصالحه عنه آخر بأمره أو بغير أمره ، إلى أن قال : ولا يجب المال على المصالح إلا أن يضمه الذي صالحه لأن الصلح على الإنكار معاوضة بإسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل والنفو عن القصاص بمال ، وذلك جائز مع الأجنبي كما يجوز مع الخصم انتهى . واقتفى أثره كثير من الشراح في أن ما ذكره المصنف لا يكتفى لتأويل المسئلة ، بل لابد فيه من قيد آخر وهو أن لا يكون الصلح في المعاوضات على الإنكار . أقول : يمكن أن يقال : يستغنى عنه بما ذكره المصنف ، فإن قوله

في قوله تعالى - وإن أسأمت فلها - أي عليها ، وهذا كما ترى يدل بظاهره على أن الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقا إلا إذا ضمته ، فإنه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة . قال المصنف (وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد ، أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لأنه إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه إلا أن يضمه ، لأنه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح ، أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل) وذكر في شرح الطحاوى والتحفة على إطلاق جواب المختصر . وقال صاحب النهاية ما معناه : إنه لا بد لتأويل المسئلة من قيد آخر ، وهو أن يكون المصالح في المعاوضات على الإنكار ، فإن كان لا يجب على الوكيل شيء وإن كان فيها لأن الصلح على الإنكار معاوضة بإسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل وذلك جائز مع الأجنبي جواز به مع

(قوله وهو أن لا يكون المصالح في المعاوضات) أقول : الظاهر أن يقال الصلح في المعاوضات (قوله وإن كان فيها) أقول : البصير في قوله فيها راجع إلى المعاوضات .

قال (وإن صالح رجل عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه : إن صالح بمال وضمنه ثم الصلح) لأن الحاصل للمدعي عليه ليس إلا البراءة وفي حقها هو والأجنبي سواء فصلح أصيلا فيه إذا ضمنه ، كالفصول بالخلع إذا ضمن البذل ويكون متبرعا على المدعي كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما إذا كان بأمره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعي ، وإنما ذلك للذي في يده لأن تصحيحه بطل يق الإسقاط ، ولا فرق في هذا بين ما إذا كان مقرا أو منكرا (وكذلك إن قال صالحك على أئني هذه أو على عبلي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها) لأنه لما أضافه إلى مال نفسه فقد ألزم تسليمه فصح الصلح (وكذلك لو قال على ألف وسلمها) لأن التسليم إليه يوجب سلامة العوض له فيم العقد لحصول مقصوده (ولو قال صالحك على ألف فاعقد موقوف ، فإن أجازه المدعي عليه جاز ولزمه الألف ، وإن لم يجزه بطل) لأن الأصل في العقد إنما هو المدعي عليه لأن دفع الخصومة حاصل له ، إلا أن الفصول يصير أصيلا بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه ، فإذا لم يصفه بقى عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على إجازته . قال العبد الضعيف عصمه الله : ووجه آخر وهو أن يقول صالحك على هذه الألف أو على هذا العبد ولم ينسبه إلى نفسه لأنه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيم بقوله . ولو استحق العبد أو وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لأنه ألزم الإيفاء من محل بعينه ولم يلزم شيئا سواه ، فإن سلم المحل له تم الصلح ، وإن لم يسلم له لم يرجع عليه بشيء ، بخلاف ما إذا صالح على دراهم مائة وضمنها ودفعها ثم استحققت أو وجدها زوفا حيث يرجع عليه لأنه جعل نفسه أصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم ، فإذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببذله ، والله أعلم بالصواب .

أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع ، فراجع الحقوق إلى الوكيل من تمة تأويله ، ومقصوده منه تعميم جواب المسئلة لكل ما لم يكن الصلح عن مال بمال بطريق المقوم ، كأنه قال : وفيما سوى ذلك لا ترجع الحقوق إلى الوكيل بل تلزم الموكل كما ذكر في جواب المسئلة . وفائدته التنبيه على أن ما ذكره في ابتداء التأويل من الصلح عن دم العبد والصلح على بعض ما يدعيه من الدين إنما هو بطريق التخييل لا بطريق تخصيص جواب المسئلة بذلك ، فإن تخصيصه بذلك ليس بصحيح لخبرائنه قطعا في غير ذلك ، كالصلح عن جناية العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيرا محضيا كالنكاح والخلع وغيرهما . وإذا قد تقرر هذا فقد فهم دخول الصلح على الإنكار في جواب هاتيك المسئلة وإن كان الصلح في المعاوضات إذ قد تحقق فيها مرأى الإنكار في حق المدعي عليه إنما هو لافتدائه العيين وقطع الخصومة ، وإنما هو معاوضة في حق المدعي ، وأنه يجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما فلم يكن الصلح على الإنكار في حق المدعي عليه . وإن كان الصلح في المعاوضات صلحا عن مال بمال ، وقد أشار إليه في الميسوط بقوله لأن الصلح على الإنكار معاوضة يسقط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يعمل والفقو عن القصاص بمال . ولا يخفى أن ما نحن فيه هو الوكالة من قبل المدعي عليه فتم المطلوب بدون الاحتياج إلى التصريح بقيد آخر فتكر .

الخصم . قال (وإن صالح عنه رجل بغير أمره الخ) وإن صالح عنه رجل بغير أمره فهو على أربعة أوجه : وجه ذلك أن الفصول عند الصلح على مال ، أما إن قرن بذكر المال ضمان نفسه أو لا فالأول هو الوجه الأول ، والثاني أما إن أضاف المال إلى نفسه أولا فالأول هو الوجه الثاني ، والثالث إما أن يسلم المال المذكور أولا فالأول هو الوجه الثالث والثالث هو الرابع . ولكن يرد وجهان آخران ، وهو أن يكون المال المذكور خاليا عن الإضافة إما معروفا أو منكرا ، وكل منهما إما أن قرن به التسليم أو لم يقرن وقد ذكر وجهها حكم المنكر وبق وجهها حكم المرفوع ، ولكن عرف وجه حكم المرفوع المسلم بذكر التسليم في المنكر فبق حكم المرفوع غير المسلم وهو الذي ذكره بقوله قال العبد الضعيف وجه آخر . أما وجه الوجه الأول فإنه إذا صالح وضمن تم

(باب الصلح في الدين)

(وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المدانية لم يحمل على المعاوضة ، وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ،

(باب الصلح في الدين)

(قوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المدانية لم يحمل على المعاوضة ، وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه) أقول : فيه كلام ، وهو أن كاية ذلك بالنظر إلى قوله لم يحمل على المعاوضة مسلمة ، وأما بالنظر إلى قوله وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه فمفوتحة ، لأن ما وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المدانية إذا كان على مثل حقه قدرًا ووصفًا ، كما إذا كان عليه ألف درهم جياذ فصالح عن ذلك على ألف درهم جياذ يحمل على استيفاء عين حقه ، صرح به في كثير من المعترات كالبائع والتخف وغيرهما ، وليس فيه إسقاط شيء قط ، وعن هذا قال في الرواية : واصله على بعض من جنس ماله عليه أخذًا لبعض حقه وحط لباقيه للمعاوضة انتهى . ويمكن أن يعتدرا في الكتاب بأنه خارج غرض العادة ، فإن المعتاد أن يكون الصلح على أقل من المدعى لاجل مثله بناء على عدم القابلة في عقد الصلح على مثل المدعى . قال صاحب النهاية : وهاهنا ينبغي أن يزداد في لفظ الرواية قيد آخر ، وهو أن يقال : وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المدانية ولا يمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة ، وإنما قلنا ذلك لأنه إذا أمكن حمله على بيع الصرف

الصلح ، لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة لأنه يصح بطريق الإسقاط ، وفي حق البراءة الأجنبي والحصم سواء لأن الساقط يتلأش ، ومثله لا ينحصر بأحد فصالح أن يكون أصيلاً في هذا الضمان إذا أضافه إلى نفسه كالفضولي بالخلع من جانب المرأة إذا ضمن المال ويكون متبرعاً على المدعى عليه لا يرجع عليه بشيء كما لو تبرع بقضائه الدين ، بخلاف ما إذا كان بأمره فإنه يرجع ولا يكون هذا المصالح شيء من المدعى : أي لا يصير الدين المدعى به ملكاً للمصالح وإن كان المدعى عليه مقراً ، وإنما يكون ذلك للذي في يده : يعني في ذمته لأن تصحيحه بطريق الإسقاط كما مر لا بطريق المبادلة ، فإذا سقط لم يبق شيء فأي شيء يثبت له بعد ذلك ، ولا فرق في هذا : أي في أن المصالح لا يملك الدين المدعى به بين ما إذا كان الحصم مقراً أو منكراً . أما إذا كان منكراً فظاهر لأن في زعمه أن لا شيء عليه وزعم المدعى لا يمتد إلى شيء ، وأما إذا كان مقراً فالمصالح كان ينبغي أن يصير المصالح مشترى ما في ذمته بما أدى ، إلا أن شراء الدين من غير من عليه الدين تحليكه من غير من عليه الدين وهو لا يجوز ، وهذا بخلاف ما إذا كان المدعى به عينا والمدعى عليه مقراً ، فإن المصالح يصير مشترى لنفسه إذا كان بغير أمره لأن شراء الشيء من مالكة صحيح وإن كان في يد غيره . ووجه الوجوه الباقية المذكور في المتن وهو ظاهر ، خلا أن قوله فالقصد موقوف اختيار بعض المشايخ . وقال بعضهم : هو بمنزلة قوله صالحني على آتني بنقل على المصالح والتوقف فيما إذا قال صالح فلانا على ألف درهم من دعواك على فلان فإنه فيه يقف عن إجازة المدعى عليه ، فإن أجاز جاز وإن رد بطل ، وهذا وجه آخر غير ما ذكر في الكتاب . ذكره في الخيرة ، وباقى كلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح ، والله أعلم .

(باب الصلح في الدين)

لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين ، لأن الخصوص أبداً يكون بعد العموم . قال (وكل شيء وقع عليه الصلح) بدل الصلح إذا كان من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه (بعقد المدانية لم يحمل) الصلح (على المعاوضة بل على استيفاء بعض الحق وإسقاط الباقي) وقيد بعقد المدانية وإن كان حكم القصب كذلك حملاً لأمر (قوله نسلح أن يكون أصيلاً في هذا الضمان) أقول : فيه شيء ، والظاهر أن يقول في هذا الصلح (قوله صالح فلانا على ألف درهم من دعواك على فلان) أقول : يعني فلانا الأول ، ولو قال من دعواك عليه لكان أبعد عن التشويش .

(باب الصلح في الدين)

كأن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة زيرف جاز وكأنه أبرأه عن بعض حقه) وهذا لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا فجعل إسقاطا للبعض في المسئلة الأولى ولايبعض، والصفة في الثانية (ولو صالح على ألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق) لأنه لا يمكن جعله معاوضة لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التأخير (ولو صالحه على دنائير إلى شهر لم يميز) لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المدائنة فلا يمكن حمله على التأخير، ولا وجه له سوى المعاوضة، وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح (ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يميز) لأن المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بإزاء ما حطه عنه.

يحمل على بيع الصرف وهو معاوضة، وإن كان هو من جنس ما هو مستحق بعقد المدائنة فيعد ذلك ينظر إن كان مؤجلا بطل الصلح وإلا فلا، ألا ترى أنه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بنية إلى أجل لا يجوز. والبيعة: اسم لما هو أجود من السود، ولكن كل منهما من جنس الدراهم، وإنما لم يميز في هذه الصورة لأن هذه مصارفة إلى أجل، والصرف إلى أجل باطل انتهى كلامه. أقول: فيه بحث، لأن قوله في رواية الكتاب وهو مستحق بعقد المدائنة يخرج ما يمكن حمله على بيع الصرف، فإن ما يمكن حمله على بيع الصرف عند أهل الشرع ما وقع عليه الصلح ليس مما هو مستحق بعقد المدائنة، وما هو مستحق بعقد المدائنة ليس مما يمكن حمله على بيع الصرف عندهم، يشهد بذلك كله الأمثلة المذكورة في المسائل وأدلتها المفصلة فيه. وأما المثال الذي ذكره بقوله ألا ترى أنه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بنية إلى أجل لا يجوز فيمحل عن حن فيه بمراحل، لأنه ليس مما هو مستحق بعقد المدائنة ولا مما يمكن حمله على بيع الصرف. أما الأول فلأن البيعة أجود من السود فليها زيادة وصف وهي غير مستحقة بعقد المدائنة بالسود، وإنما المستحق به السود لاغير. وأما الثاني فلأن الأجل يمنع من الحمل على بيع الصرف كما اعترف به نفسه حيث قال: وإنما لم يميز في هذه الصورة لأن هذه مصارفة إلى أجل، والصرف إلى أجل باطل (قوله وهذا لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا) أقول: لقاتل أن يقول: وإنما يفضى إلى الربا لو جعل المصالح عليه وهو خمسمائة عوضا عن مجموع الألف المدعي، وأما إذا جعل عوضا مساويا من بعض المدعي وهو الخمسمائة بناء على أن الدين تقضى بأمثالها لأبوابها فلا إفضاء إلى الربا، فما بالمحل الصلح في مثل ذلك أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه، ولم يعملوا على أنه صارف بعض حقه وأسقط

المسلم حل الصلح (كأن له على آخر ألف درهم) جواد حالة من ثمن متاع باعه (فصالحه على خمسمائة، ويمكن له على آخر ألف درهم جواد فصالحه على خمسمائة زيرف فإنه يجوز لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا فجعل إسقاطا للبعض في المسئلة الأولى، ولايبعض والصفة في الثانية. ولو صالح عنها على ألف مؤجلة صبح) ويعمل على التأخير الذي فيه معنى الإسقاط لأن في جعله معاوضة بيع الدراهم بمثلها نسيئة وهو ربا، فإن لم يمكن حمله على إسقاط الباقي، كما إذا صالح عنها على دنائير مؤجلة بطل الصلح، لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المدائنة فيحمل على التأخير فتعين جعله معاوضة، إذ الصرف في الدين في مسائل الصلح لا يخرج عن أحد هذين الوجهين، وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسيئة فلا يجوز (وكذا إذا كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة) فإنه لا يمكن حمله على الإسقاط (لأن المعجل) لم يكن مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاءه استيفاء بعض حقه وهو (خير من النسيئة) لا محالة فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة

وذلك اعتياض عن الأجل وهو حرام (وإن كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز) لأن البيض غير مستحقة بعقد المدائنة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا ، بخلاف ما إذا صالح عن الألف البيض على خمسمائة سود حيث يجوز لأنه إسقاط كله قدرا ووصفا ، وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجد لأنه معاوضة المثل بالمثل ، ولا يعتبر بالصفة إلا أنه يشترط القبض في المجلس ، ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو إلى شهر صرح الصالح لأنه أمكن أن يجعل إسقاطا للدنانير كلها والدراهم إلا مائة وتأجيلا للباقى فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد أو لأن معنى الإسقاط فيه ألزم . قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال أد إلى غدا منها خمسمائة على أنك برىء من الفضل ففعل فهو برىء ، فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غدا عاد عليه الألف وهو قول أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لا يعود عليه) لأنه إبراء مطلق ، ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة ،

بأقبح حتى لم يشترطوا القبض في المجلس وجوزوا التأجيل فتأمل في الجواب (قوله ومن له على آخر ألف درهم فقال أد إلى غدا منها خمسمائة على أنك برىء من الفضل ففعل فهو برىء) قال صاحب العناية : قيل معناه : ففعل فهو برىء في الحال ، ويجوز أن يكون معناه فادى إلى ذلك غدا فهو برىء من الباقي انتهى . أقول : لا يذهب على الفطن أن قوله فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غدا عاد إليه الألف يأبى المعنى الثاني ويناسب المعنى الأول ، لأن عود الألف إليه يقتضى تحقق البراءة عنه أولا ، لكن يمكن توجيهه على المعنى الثاني أيضا بأنه لاشك أن البراءة الموقوفة على أداء الخمسمائة إليه غدا متحققة أولا ، وإن لم تتحقق البراءة المقطوعة إلا بأداء ذلك إليه غدا فنيا إذا لم يدفع ذلك إليه غدا يصبح أن يقال عاد إليه الألف نظرا إلى تحقق البراءة الموقوفة من قبل ، فإن نصف الألف قد خرج ملكه خروجا موقوفا على أداء نصفه الآخر إليه غدا ، فإذا لم يؤد إليه ذلك غدا عاد إليه الألف كما كان ، وأما جعل العود مجازا عن البقاء كما كان فله بعض الفضلاء لما لا تقبله الفطرة السليمة (قوله ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة) قلت : الباء في بكلمة على في قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما في قولك بعت هذا

مثله من الدين (و) صفة (التجديد) في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الأجل وهو حرام (روى أن رجلا سأل ابن عمر رضي الله عنهما فنهاه عن ذلك ، ثم سأله فقال : إن هذا يريد أن أطعمه الربا . وهذا لأن حرمة ربا النساء ليست إلا لشبهة مبادلة المال بالاجل ، فحقيقة ذلك أولى بذلك (ولو كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز ، ولو كانت بالعكس جاز) والأصل أن المستوفى إذا كان أدون من حقه فهو إسقاط كما في العكس ، وإن كان أزيد قلرا أو وصفا فهو معاوضة (لأن الزيادة غير مستحقة له) فلا يمكن جعله استيفاء (فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا) فإن قيل : إذا كان حقه ألف درهم بهرجة فصالحه على ألف درهم بنية (١) فقد بيت المال فهو أجد من التبرجة وجزاء الصلح والزيادة موجودة . أجاب بقوله (وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجد لأنه معاوضة المثل بالمثل ولا يعتبر بالصفة إلا أنه يعتبر القبض في المجلس) وحاصله أن الجردة إذا وقعت في مقابلة مال كان ربا كالمسئلة الأولى فلها قبولت بخمسمائة من السود وهو ربا ، وأما إذا لم يقع فذلك صرف والبيد والرديء فيه سواء بدا بيد (ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو مؤجلة صرح لأنه أمكن جعله إسقاطا للدنانير كلها والدراهم إلا مائة) إن كانت حالة وإسقاطا لذلك (وتأجيلا للباقى) إن كانت مؤجلة (تصحيحا للعقد أو لأن معنى الإسقاط فيه ألزم) لأن معنى الصلح على الخطيئة والخط هاهنا أكثر فيكون الإسقاط ألزم من معنى المعاوضة . قال (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم حالة فقال أد إلى غدا . (قوله كما في العكس) أقول : ناظر إلى قوله ولو كانت بالعكس .

(١) بنية بتشديد الجاء والياء : نية إلى بيع أمير جبرها ، وناظر الصان ، كتبه مصححه .

والأداء لا يصبح عوضا لكونه مستحقا عليه فجري وجوده مجرى علمه فبقي الإبراء مطلقا فلا يعود كما إذا بدأ بالإبراء . ولهما أن هذا إبراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لأنه بدأ بأداء الخصمائه في الغد وأنه يصلح عوضا حذار إفلاسه وتوسلا إلى تجارة أربع منه ، وكلمة على إن كانت للمعاوضة فهي محتمة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعلل الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه أو لأنه متعارف ،

بهذا ، فالمنى حيث ذكر أداء الخصمائه بمقابلة كلمة على التي للمعاوضة فلا حاجة إلى ما تمحل به بعض الفضلاء في توجيه قوله حيث ذكره بكلمة على حيث قال : أي في المنى ، وإلا ففي اللفظ دخل كلمة على في الإبراء دون الأداء انتهى . فكأنه حمل الباء على الإلمصاق فأخذ منه الدخول في الأداء فأحتاج إلى التكلف ، وفيما ذكرناه منلوحة عن ذلك (قوله والأداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه) قال صاحب العناية في شرحه : والأداء لا يصلح عوضا لأن حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها ، والأداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن انتهى . ورد عليه بعض الفضلاء قوله ، والأداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن حيث قال فيه شيء بل يستفاد به البراءة . أقول : ليس هذا بشيء لأن مراد صاحب العناية أنه لم يستفد بالأداء شيء في جانب الدائن ، والبراءة إنما تستفاد في جانب المدينين ، وحد المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها ، فإذا لم يستفد في جانب الدائن شيء لم يتحقق حد المعاوضة فتم المطلوب (قوله أو لأنه متعارف) قال صاحب العناية : قوله أو لأنه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة : يعني أن حمل كلمة على على الشرط لأحد معنيين : إما لوجود المقابلة وإما لأن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف . أقول : فيه نظر ، لأن المعنى الثاني لا يكون حلة لحمل كلمة على

منها خميسة على أنك برىء من الفضل ففعل فهو برىء . قيل معناه فقبل فهو برىء في الحال ، ويجوز أن يكون معناه : فادعى إليه ذلك خدا فهو برىء من الباقي ، فإن لم يدفع إليه خدا خميسة عاد الألف كما كان في قول أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : لا يعود عليه لأنه إبراء مطلق إذ ليس فيه ما يقيد ، ألا ترى أنه جعل أداء الخصمائه عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على ، والأداء لا يصلح عوضا ، لأن حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها والأداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن فجري وجوده : أي وجود جعل الأداء عوضا مجرى علمه فبقي الإبراء مطلقا وهو لا يعود كما إذا بدأ بالإبراء بأن قال أبرأتك عن خميسة من الألف على أن تؤدي خدا خميسة . ولهما أن هذا إبراء مقيد بالشرط والمقيد بشرط يفوت بفواته : أي عند فواته ، فإن انتفاء الشرط ليس حلة لانتفاء المشروط عندنا لكنه عند انتفائه فالت لبقائه على المدم الأصلي وموضعه أصول الفقه ، وإنما قلنا إنه مقيد بالشرط لأنه بدأ بأداء خميسة في الغد وأنه يصلح عوضا حذار إفلاسه أو توسلا إلى تجارة أربع فصلح أن يكون شرطا من حيث المنى ، وكلمة على وإن كانت للمعاوضة لكن تحتمل معنى الشرط لوجود معنى المقابلة فيه ، فإن فيه مقابلة الشرط بإجزاء كما كان بين العوضين ، وقد تعلل العمل بمعنى المعاوضة فتحتمل على الشرط تصحيحا لتصرفه وكأنه منهما قول بموجب العلة : أي سلمنا أنه لا يصلح أن يكون مقيدا بالعرض لكن لا ينافي أن يكون مقيدا بوجه آخر وهو الشرط (قوله أو لأنه متعارف) معطوف على قوله لوجود المقابلة : يعني أن حمل كلمة على على الشرط لأحد معنيين : إما لوجود المقابلة وإما لأن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف بأن يكون تمجيل البعض مقيدا لإبراء الباقي ، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا

(قوله ففعل فهو برىء ، قيل معناه فقبل الخ) أقول : فالفعل مجاز عن التزامه في الدين (قوله ويجوز أن يكون معناه ، إلى قوله : عاد الألف) . أقول : فيكون المورد مجازا من الإبراء كما كان إلا أن مقتضى كلمة عاد هو المعنى الأول ، ويدل عليه ما سيذكره في الفرق بين التعليل والتنبية (قوله حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على) أقول : أي في المنى ، وإلا ففي اللفظ دخل كلمة على في الإبراء دون الأداء (قوله والأداء مستحق عليه لم يستفد به شيء) أقول : فيه شيء ، بل يستفاد به البراءة . والأظهر لم يستفد بشيء ، ثم قوله والأداء مستحق عليه : معناه أن كل وقت (قوله لبرىء وجوده : أي وجود جعل الأداء الخ) أقول : الأول أن يقال للرد وجوده لفظا (قوله يعني أن حمل كلمة على ، إلى قوله : متعارف) أقول : تأمل هل يمكن ملاحظة المعنى الثاني بدون الأول ، والأقرب أن يحتمل طبا على قوله تصحيحا لتصرفه .

والإبراء مما يتقيد بالشرط وإن كان لا يتعلق به كما في الحوالة . واستخرج البداة بالإبراء إن شاء الله تعالى .

على الشرط ، لأنها لما كانت موضوعا للمعاوضة لم يصح حملها على غيرها ما لم يوجد بينهما علاقة الجواز . ولا يخفى أن كون مثل هذا الشرط في الصلح متعارفا لا يبعد مناسبة بين ما وضعت له كلمة على وبين هذا الشرط حتى تصلح علاقة للمجاز ، بخلاف المعنى الأول فإن اشتراك المعاوضة والشرط في معنى المقابلة مناسبة مصححة للتجوز . ثم يكون المعنى الثاني علة مرجحة للتجوز بعد أن ثبتت العلة المصححة له ، لكن الكلام في كونه علة مستقلة لحملها على الجواز وذلك لا يتصور إلا بكونه علة مصححة للتجوز كأول وليس فليس . ثم أقول : الأقرب أن يكون قوله أو لأنه متعارف معطوفا على الأقرب وهو قوله تصحيحا لتصرفه ، وإن كان الظاهر من كلام كثير من الشراح أن يكون معطوفا على ما ذكره صاحب النائية ، فعنى كلام المصنف : فتحمل كلمة على على الشرط عند تعلم حملها على المعاوضة لتصحيح تصرف العاقل ، أو لأن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف ، فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بيانا للعلاقة المصححة للتجوز ويكون قوله تصحيحا لتصرفه ، وقوله أو لأنه متعارف بيانا للعلة المرجحة للحمل على الجواز بوجهين فينظم اللفظ والمعنى (قوله والإبراء مما يتقيد بالشرط وإن كان لا يتعلق به كما في الحوالة) قال صاحب النائية : قوله كما في الحوالة متعلق بقوله فيفوت بفواته : يعنى أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحالة ، فإن براءة أهيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات أهيل عليه مفسدا عاد الدين إلى ذمة أهيل انتهى . أقول : لا يخفى على ذي مسكة أن جعل قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته مع تحقق الحمل الكثيرة الفاصلة بينهما ، بعيد عن سنن العرواب عند المجال الواضح لجعله متعلقا بما يتصل به وهو قوله والإبراء مما يتقيد بالشرط وإن كان لا يتعلق به ، ومن هذا قال صاحب

فصار كما لو قال : إن لم تنقد غدا فلا صلح بيننا (قوله والإبراء مما يتقيد بالشرط وإلا كان لا يحتمل التعليق به) جواب عما يقال تعليق الإبراء بالشرط مثل أن يقول لغريم أو كتيل إذا أدبت أو متى أدبت أو إن أدبت إلى خمسمائة فانت برى من الباقي باطل بالاتفاق ، والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزا ؟ ووجهه أنها متفيران لفظا ومعنى . أما لفظا فهو أن التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا والتعليق به يستعمل فيه ذلك ، وأما معنى فلأن في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عرضية أن يزول إن لم يوجد الشرط ، وفي التعليق به الحكم غير ثابت في الحال وهو بعرضية أن يثبت عند وجود الشرط ، والفقه في ذلك أن الإبراء معنى الإسقاط والتعليق ، أما الأول فلا لأنه لا تتوقف صحته على القبول كما في الطلاق والعناق والعفو من القصاص . وأما الثاني فلا لأنه يرتد بالرد كما في سائر التحليلات ، وتعليق الإسقاط المحض بجائز كتعليق الطلاق والعناق بالشرط ، وتعليق التحليل به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار الحرام . والإبراء له شبهة بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر الإمكان . قلنا : لا يحمل التعليق بالشرط عملا بشبه التحليل ، وذلك إذا كان بحرف الشرط ، ويحتمل التقييد به عملا بشبه الإسقاط وذلك إن لم يكن ثم حرف شرط ، وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيدا بشرط والتقييد به يفوت عند فواته كما مر (قوله كما في الحوالة) متعلق بقوله فيفوت بفواته : يعنى أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحالة ، فإن براءة أهيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات أهيل عليه مفسدا عاد الدين إلى ذمة أهيل . وقوله (واستخرج البداة بالإبراء)

وعد بالجوواب عما قال أبو يوسف كما إذا بدأ بالإبراء . وإذا تأملت ما ذكرت لك في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجه الباقية . قال صاحب النائية في حصر الوجوه على خمسة : إن رب الدين في تعليق الإبراء بأداء البعض لا يخلو إما أن يبدأ بالأداء أولا ، فإن بدأ به فلا يخلو ، إما أن يذكر معه بقاء الباقي على المدينين صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أولا ، فإن لم يذكره فهو الوجه الأول وإن ذكره فهو الوجه الثاني ، وإن لم يبدأ بالأداء فلا يخلو إما أن يبدأ بالإبراء أولا ، فإن بدأ به فهو الوجه الثالث ، وإن لم يبدأ

(قوله وإن ذكره فهو الوجه الثاني) أقول : فإن قيل : لم يبدأ في الوجه الثاني بالأداء بل بالمصلحة ، فلا معنى لجعله قسما بما بقى فيه بالأداء . قلنا : ذلك معنى من اتعاده مع ما بقى فيه بالأداء حكما لم يتأمل .

قال العبد الضعيف : وهذه المسئلة على وجه : أحدها ما ذكرناه . والثاني إذا قال صاحبتك من الألف على خمسمائة تدفعها إلى غدا وأنت برىء من الفضل على أنك إن لم تدفعها إلى غدا فالألف عليك على حاله . وجوابه أن الأمر على ما قال لأنه أتى بصريح التقييد فيعمل به . والثالث إذا قال أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غدا والإبراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أو لم يعط لأنه أطلق الإبراء أولا ، وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به ،

النهاية . في شرح قوله كما في الحوالة : يعني أن البراءة بما يتقيد كالحوالة ، لأن الحوالة على نوعين : مطلقة ، ومقيدة . وقال صاحب الكافي في تقرير هذا المقام : والإبراء يتقيد بالشرط وإن لم يتعلق به كالحوالة فإنها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المتهلل عليه فلسا يعود الدين إلى ذمة المهيل انتهى . وعلى هذا المتوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم أر أحدا ذهب إلى كون قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته سوى صاحب العناية . والصحيح منه أن ما ضرره من المعنى لا يساعد ما ذهب إليه بل يناسب خلاف ذلك فإنه قال : يعني أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة ، فإن براءة المهيل مقيدة بشرط السلامة . ولا يخفى على الفطن أن قوله لما كان مقيدا بشرط كان كالحوالة ، وقوله فإن براءة المهيل مقيدة بشرط السلامة إنما يناسب كون قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله والإبراء بما يتقيد بالشرط ، وإنما المساعد لما ذهب إليه أن يقال : يعني أن الإبراء لما كان فائتا بفوات الشرط كان كالحوالة . فإنها فوتت بفوات شرط السلامة ، على أن فوات الشيء بفوات الشرط فرع لصحة تقييد ذلك الشيء بالشرط وليس بأصل مستقل في الكلام فكيف يحسن تعلق قوله كما في الحوالة بذلك دون أصله ، تبصر ترشد (قوله قال العبد الضعيف : وهذه المسئلة على وجه) قال صاحب النهاية : أي وجه خمسة : فوجه المحصر فيها هو أن رب الدين في تعليق الإبراء بأداء بعض الدين لا يخلو إما أن يبدأ بالأداء أم لا ، فإن بدأ به فلا يخلو إما أن يذكر معه بقاء الباقي على المدين صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أم لا ، فإن لم يذكره فالوجه الأول وإن ذكره فالوجه الثاني ، وإن لم يبدأ بالأداء فلا يخلو إما أن يبدأ بالإبراء أم لا ، فإن بدأ فالوجه الثالث ، وإن لم يبدأ بالإبراء فلا يخلو إما أن يبدأ بحرف الشرط أم لا ، فإن لم يبدأ فالوجه الرابع ، وإن بدأ فالوجه الخامس انتهى كلامه . وهكذا ذكر وجوه المحصر في العناية أيضا نقلا عن صاحب النهاية . أقول : فيه إشكال ، أما أولا فلأنه جعل الوجه الثاني قسما مما بدأ بالأداء مع أنه لم يبدأ فيه بالأداء بل بدأ فيه بالمصالحة ، وأما ثانيا فلأنه جعل الوجه الرابع قسما مما لم يبدأ بالأداء مع أنه بدأ فيه بالأداء كما ترى . ويمكن الجواب عن كل واحد منهما بنوع عناية . أما عن الأول فيان يقال : إن البدء في الوجه الثاني وإن لم يكن بالأداء صورة إلا أنه كان به معنى ، لأن حاصل معناه أد " إلى غدا خمسمائة من الألف وأنت برىء من الفضل على أنك إن لم تدفعها إلى غدا فالألف عليك على حاله ، فالمراد بأن بدأ بالأداء أن بدأ به فيما يتم به وجه المسئلة ويمتاز عن سائر وجوهها . ولا يخفى أن الوجه الثاني يتم بما ذكرناه من حاصل

بالإبراء فلا يخلو إما أن يبدأ بحرف الشرط أو لا ، فإن لم يبدأ فالوجه الرابع وإن بدأ فهو الخامس . أما الوجه الأول فقد ذكرناه ، والوجه الثاني ظهر مما تقدم ، والثالث وهو الموعود باستخراج الجواب مبني على أن الثابت أولا لا يزول بالشك ، فإذا قدم الإبراء حصل مطلقا ثم يذكر ما بعده وقع الشك ، لأنه إن كان عوضا فهو باطل لما تقدم فلم يزل به الإطلاق ، وإن كان شرطا يتقيد به وزال الإطلاق ، فإذا وقع الشك لم ينظر به الثابت أولا ، وفي بعكسها عكس ذلك . والرابع وجهه أنه إذا لم يوقت للأداء وقتا ظهر أن أداء البعض لم يكن لغرض لكونه واجبا في مطلق الأزمان فلا يصلح أن يكون في معنى الشرط ليحصل به التقييد فلم يبق إلا لجهة العوض ، وهو غير صالح للثبات كما تقدم . والخامس تعليق وقد تقدم أن الإبراء لا يحتمل فلا يكون صحيحا

(قوله فإن لم يبدأ فالوجه الرابع) أقول : فيه بحث ، لأن الوجه الرابع مما بدأ فيه بالأداء فكيف يحصل قسما ما لم يبدأ به ؟ لا يقال جملة قسما منه بناء على أنه لا يتعين الجواب إذا لم يبدأ به بل بدأ بالإبراء لأن الوجه الثاني أيضا كذلك كما يظهر من جامع الترمذاني ، والله أعلم .

بمخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسية لأن الإبراء حصل مقرونا به ، فن حيث أنه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ، ومن حيث أنه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا . والرابع إذا قال أدّيت إلى خمسية على أنك يرى من الفضل ولم يؤت للأداء وقتا . وجوابه أنه يصح الإبراء ولا يعود الدين لأن هذا إبراء مطلق ، لأنه لما لم يؤت للأداء وقتا لا يكون الأداء غرضيا صحيحا لأنه واجب عليه في مطلق الأزمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا ، بخلاف ما تقدم لأن الأداء في الغد غرض صحيح . والخامس إذا قال إن أدّيت إلى خمسية أو قال إذا أدّيت أو متى أدّيت . فالجواب فيه أنه لا يصح الإبراء لأنه علقه بالشرط صريحا ، وتعلق البراءات بالشروط باطل لما فيها من معنى التعليل حتى يرتد بالرد ، بخلاف ما تقدم لأنه ما أتى بصريح الشرط فحمل على التقيد به . قال (ومن قال لا أختر لا أقرّ لك بمالك حتى تؤخره عنى أو تحط عنى فعمل جاز عليه) لأنه ليس بمكره ، ومعنى المسئلة إذا قال ذلك سرا ، أما إذا قال علانية يؤخذ به .

المعنى ويمتاز به عن سائر الوجوه . وأما المصالحة فلإنها ذكرت فيه لغيره التفصيل والإيضاح . وأما عن الثاني فبأن يقال : ليس المراد بالبدء بالأداء في وجه المحصر البدء بالأداء المطلق ، بل المراد به البدء بالأداء المؤقت . ولا يخفى أنه لم يبدأ في الوجه الرابع بالأداء المؤقت ، بل إنما بدأ فيه بالأداء المطلق فاستقام التقسيم . وأجاب بعض الفضلاء عن الإشكال الأول وجه آخر حيث قال : فإن قيل : لم يبدأ في الوجه الثاني بالأداء بل بالمصالحة فلامعنى يجعله قسما بما بدئ فيه بالأداء . قلنا : ذلك مبنى على اتحاد مع مابدى فيه بالأداء حكما فليتأمل انتهى . أقول : ليس هذا الجواب بشيء لأن اتحاد مع مابدى فيه بالأداء حكما لا يقتضى ولا يجوز جملة بما بدئ فيه بالأداء ، إذ الاتحاد في الحكم لا يستلزم الاتحاد في الذات ولا في الصفات ، كيف ولو جاز جعل الوجه الثاني بما بدئ فيه بالأداء بناء على اتحاد في الحكم مع مابدى فيه بالأداء وهو الوجه الأول لجاز جعل ما لم يذكر معه بقائه الباقي على المدينين صريحا عند عدم الوفاء بالشرط مما ذكر معه ذلك بناء على الاتحاد في الحكم أيضا ، فلم يظهر وجه لجعل الوجه الأول والوجه الثاني قسامين مستقلين (قوله بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسية لأن الإبراء حصل مقرونا به ، فن حيث أنه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ، ومن حيث أنه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا) أقول : فيه بحث ، لأن هذا وإن أفاد الفرق بين الوجهين إلا أنه يناق ما تقرر في التعليل المذكور من قبل أبى حنيفة وعنده وجهما الله في الوجه الأول ، لأنه كما لا يثبت الإطلاق بالشك لا يثبت الشرط به أيضا فيلزم أن لا يثبت تقيد الإبراء بالشرط في ذلك الوجه ، إذ لم يثبت تقيد به أولا هناك كما ثبت إطلاقه أولا في الوجه الثالث حتى لا يزول بالشك ، بل إن أخذ التقيد هناك فلإنما يؤخذ من مقارنة الإبراء بالأداء ، وإذا كان الأداء مترده بين ما يقتضى الإطلاق وما يقتضى التقيد كما ذكره هاهنا كان تقيد بالشرط مشكوكا غير ثابت ، وقد جزم في التعليل المذكور هناك من قبلهما بكون الإبراء مقيدا بالشرط في ذلك الوجه وبين ذلك بما لا مزيد عليه فكان بين الكلّيتين تناقض فليتأمل في التوفيق .

(ومن قال لا أختر لا أقرّ لك بمالك على حتى تؤخره عنى أو تحط عنى بضمه فعمل) أى أخر أوحط (جاز عليه) أى نفذ هذا التصرف على رب الدين فلا يتمكن من المطالبة في الحال إن أخر وأبدا إن حط (لأنه ليس بمكره) فكذلك من إقامة البيعة أو التحليف . لا يقال : هو مضطر فيه لأنه إن لم يفعل لم يقر ، لأن تصرف المضطر مقتصر غيره ، فإن من باع صنبا بطعام يأكله بلحور قد اضطر به كان يبيع نابلذا (ومعنى المسئلة إذا قال ذلك سرا ، أما إذا قال علانية يؤخذ) المقر (بجميع المال) في الحال .

(فصل في الدين المشترك)

قال (وإذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ، إن شاء اتبع الذي عليه الدين بصفة ، وإن شاء أخذ نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين) وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لأنه ازداد بالقبض ، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض ، وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة ، ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض ،

(فصل في الدين المشترك)

آخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لأن المركب يتلو المفرد (قوله وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض) قال في النهاية : وأما إذا أخذ بمقابلة نصيبه ثوباً ليس لصاحبه أن يشاركه في المقبوض بل الخيار للقابض على ما ذكرنا من تنصيص رواية المبسوط وإشارة رواية الكتاب انتهى . أقول : فلنقال أن يقول : إذا كان قبض أحد الشريكين في الدين شيئاً من الدين مخالفاً لأخذ أحدهما ثوباً بمقابلة نصيبه في حكم المشاركة في المقبوض لم يتحقق اتحاد في الحكم بين مسئلة ما إذا قبض أحد الشريكين في الدين شيئاً من الدين وبين مسئلة الكتاب ، فلم يظهر لحمل الأولى أصلاً للثانية كما فعله المصنف وغيره جهة حسن ، وإنما يظهر حسن ذلك فيما إذا صالح أحدهما من نصيبه على دراهم أو دنانير كما ذكرت هذه الصورة أيضاً في المبسوط وما نحن فيه ليس من ذلك (قوله وله حق المشاركة) قال بعض الفضلاء : الظاهر إسقاط لفظ الحق ، فإن المتحقق في الولد والثمرة حقيقتها لاحقها انتهى . أقول : بل الحق إحقاق لفظ الحق ، لأن الضمير في وله حائد إلى صاحب الشريك القابض في الدين المشترك لا إلى أحد الشريكين في كل شيء ، وليس له حقيقة المشاركة في المقبوض وإلا لما نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة ، وإنما لمسح المشاركة فيه ، فلو أسقط لفظ الحق ها هنا عسى يتوهم أن يكون لمعقبة المشاركة كما في الولد والثمرة فأقحم لفظ الحق دفعاً لذلك التوهم (قوله ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض

(فصل في الدين المشترك)

آخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لأن المركب يتلو المفرد . قال (وإذا كان الدين بين الشريكين الخ) إذا كان الدين بين الشريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار لإنشاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه ، وإن شاء أخذ نصف الثوب من الشريك ، إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين فإنه لا خيار لشريكه في اتباع الغريم أو شريكه القابض ، وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض وهو الدرهم أو الدنانير أو غيرها ،

(فصل في الدين المشترك)

(قوله بنصفه) أقول : يعني بنصف الدين (قوله إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين فإنه لا خيار لشريكه الخ) أقول : إشارة إلى أن الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار ، قال صاحب النهاية والإتقان : الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار له . والظاهر من تقرير الكافي أنه استثناء من قوله إن شاء أخذ منه نصف الثوب فإنه قال : إذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما بنصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء أخذ منه نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين وإن شاء اتبع غريمه بنصف الدين له . فتأمل في الترجيح . وفي الكفاية استثناء من قوله إن شاء أخذ نصف الثوب ، فإن الشريك إذا ضمن له ربع الدين لا يبقى لساكن ولاية الشركة في الثوب ، ويحوز أنه يكون من قوله إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه ، فإن الشريك إذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه ،

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينقل تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته ، والدين المشترك يكون واجبا بسبب متحد كل من المبيع إذا كان صفقة واحدة وممن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك . إذا عرفنا هذا فنقول في مسألة الكتاب : له أن يتبع الذي عليه الأصل لأن نصيبه باق في ذمته لأن القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة ، وإن شاء أخذ نصف الثوب لأن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين لأن حقه في ذلك . قال (ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيها قبض) لما قلنا (ثم يرجعان على الغريم بالباقي) لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة . قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمه ربع الدين) لأنه صار قابضا حقه بالمقاصة كلا ، لأن معنى البيع على الماكسة بخلاف الصلح لأن مبناه على الإنعاض والحطية ، فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا ، ولا سبيل للشريك على الثوب

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه (قال الشراح قاطبة : هذا استدراك جواب سؤال مقدر ، وهو أن يقال : لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في الثمرة والولد بغير إذن الآخر . أقول : نعم كذلك ، لكن يرد عليه أنه وإن تم جوابا عن ذلك

لأن الدين ازداد خيرا بالقبض ، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فيصير كزيادة الولد والثرمة وله حق المشاركة في ذلك ، فإن قيل : لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في الولد والثرمة بغير إذن الآخر . أجاب بقوله لكنه : أي المقبوض قبل أن يختار الشريك مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض ، لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه وينقل تصرفه ويضمن لشريكه حصته ، وعرف الدين المشترك بأنه الذي يكون واجبا بسبب متحد كل من مبيع صفقة واحدة بأن كان لكل منهما عين على حدة فباعا صفقة واحدة وممن مال مشترك وموروث مشترك وقيمة مستهلك مشترك . وقيد الصفقة بالوحدة احترازا عما إذا كان حيد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسةائة وباع الآخر نصيبه منه بخمسةائة وكتب عليه صكا واحدا بألف درهم ثم قبض أحدهما منه شيئا لم يكن للآخر أن يشاركه فيه ، لأن نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشركة بينهما بالحد الصلح . قال صاحب النهاية : ثم ينبغي أن لا يكتفى بقوله إذا كان صفقة واحدة ، بل ينبغي أن يزداد على هذا ويقال : إذا كان صفقة واحدة بشرط أن يتساويا في قدر الثمن وحصته ، لأنهما لو باعاه صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان خمسةائة ثم قبض أحدهما منه شيئا لم يكن للآخر أن يشاركه فيه ، لأن تفرق التسمية في حق البائعين تنطرق للصفقة ، بدليل أن للمشتري أن يقبل البيع في نصيب أحدهما ، وكذلك لو اشترط أحدهما أن يكون نصيبه خمسةائة قيمة ونصيب الآخر خمسةائة سود لم يكن للآخر أن يشاركه فيها قبضه ، لأن بالتسمية تفرقت وتميز نصيب أحدهما عن الآخر وصفا ، ولعل المصنف إنما ترك ذكره لأنه شرط الاشتراك وهو في بيان حقيقته ، ولما فرغ من بيان الأصل قال (إذا عرفنا هذا) ونزل عليه مسألة الكتاب هذا إذا كان صالح على شيء ، ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيها قبض لما قلنا من الأصل ثم يرجعان الباقي على الغريم ، لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة . قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه الخ) ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين لو باع كان لشريكه أن يضمه ربع الدين

والأحسن أن يكون من قوله فشريكه بالخيار إلا إذا ضمن له شريكه ربع الدين فيحتل لا يبق له الخيار البتة اهـ (قال المصنف : وله حق المشاركة) أقول : الظاهر إسقاط لفظ الحق ، فإن للمشتق في الولد والثرمة حقيقتها لاحقا .

في البيع لأنه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين ،

السؤال لأنه إن مناف لما تقرر آتفا من أن لصاحبه حق المشاركة في المقبوض ، لأنه لما قال في تعليقه لأن العين غير الدين علم منه أن ما قبضه أحد الشريكين غير ما اشترك فيه لأحيه ، ولما قال وقد قبضه بدلا عن حقه علم منه أن ما قبضه ليس بدلا عن المشترك بينهما ، كما أنه ليس حين ذلك بل هو بدل عن حصة القابض فقط فكيف يتصور أن يثبت للشريك الساكن حق المشاركة في المقبوض الذي ليس هو عين ما اشترك فيه ولا بدلا عنه فتأمل . ثم إن هذا مخالف لما ذكر في شرح الأقطع في تعليل قوله وإن شاء أخذ نصف الثوب في جواب مسألة الكتاب بأن قال : لأن الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع ، لأن قسمة الدين حال كونه في الدمة لا تصح ، وحق الشركة متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقف على إجازته وأخذ نصفه دلالة على إجازة العقد فصح ذلك وإجاز ، فإن ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لأن حقه في الدين انتهى . فإن الظاهر منه أن يكون ما قبضه أحد الشريكين في الدين بدلا من حقه مما لا من حق القابض فقط (قوله والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين) هذا جواب عن سؤال مقرر ، وهو أن يقال : هب أنه ملكه بعقده ولكن كان عقده ببعض دين مشترك ، وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض فكيف تقولون لا سبيل للشريك على الثوب في البيع ؟ فأجابه بأن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة ، إذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري ، والإضافة إلى الثمن من نصيبه عند العقد لا تافى ذلك لأن النقود حينها كانت أو دينا لاثنين في العقود ، كذا في عامة الشروح . قال صاحب النهاية بعد ذلك : فإن قيل : في هذا إجابات ورود سؤال آخر ، وهو أن قسمة الدين قبل القبض لا تصح وفي المقاصة بدلين خاص يلزم قسمة الدين قبل القبض . قلنا : قسمة الدين قبل القبض إنما لا يجوز قصدا ، أما ضمننا فجائز ، وأما وقت قسمة الدين في ضمن حصة الشراء كما وقعت في المسئلة الأولى في ضمن حصة المصالحة ، انتهى كلامه . وقد اتفقت آراء أصحاب معراج الدراية . وقال صاحب العناية بعد تقرير السؤال المذكور جواب المصنف عنه : وإذا ظهرت المقاصة اندفع ما يوتهم من قسمة الدين قبل القبض لأنها لم تزلت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها انتهى . أقول : في تحرير قول صاحب العناية بقصور ، فإنه فرع اندفاع لوهم قسمة الدين قبل القبض على ظهور المقاصة مع أن ذلك التوهم إنما نشأ من المقاصة ، إذ لو لم يتحقق المقاصة لزم الاشتراك في الثوب المقبوض في البيع أيضا بناء على الاشتراك فيها أضيف إليه العقد من بعض الدين المشترك فلاتوهم القسمة قبل القبض أصلا ، ولهذا فرع غيره ورود السؤال يلزم القسمة قبل القبض على تحقق المقاصة ، ثم أقول : لا احتياج عندى هاهنا إلى التثبت بجواز القسمة قبل القبض ضمننا ، إذ لا وجه للتوهم المذكور أصلا ، لأنه إن لم يكن للشريك الساكن سبيل على الثوب في البيع بناء على كون استيفاء الشريك القابض في البيع بالمقاصة كان له سبيل على ما استوفاه من الدين المشترك بالمقاصة حيث كان له أن يضمه نصفه وهو ربع الدين ، فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة أن لا سبيل لأحد الشريكين على شيء مما استوفاه الآخر بعد وقوع القسمة . لا يقال : تلك الضرورة في القسمة التصديدية دون الضمنية والتوهم هاهنا مطلق قسمة الدين قبل القبض فلا بد من المصير إلى أن يقال : قسمة الدين قبل القبض قصدا غير لازمة ، وأما ضمننا فلازمة ولكنها جائزة وليس الشريك مخيرا بين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح ، لأنه استوفى نصيبه بالمقاصة بين ما لزمه بشراء الثوب وما كان له على الثمن كلا : أي من غير جعلية وإعماض ، لأن معنى البيع على الماسكة ومثله لا توهم فيه الإعماض والجعلية ، بخلاف الصلح لأن ميثاه على ذلك ، فلو أئتمناه في الصلح تضمين ربع الدين البتة تضرر فيخير القابض كما ذكرنا من قوله إلا أن لا يضمن له شريكه ، وليس للشريك على الثوب في صورة البيع سبيل لأنه ملكه بعقده ، فإن قيل : هب أنه ملكه بعقده أما كان ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض ؟ أجاب بقوله (والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين) يعني أن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة ، إذ البيع يقتضي

(قوله أجاب بقوله والاستيفاء الخ) أقول : فيه تأمل .

وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لأن حقه في ذمته باق لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه ، فلو سلم له ما قبض ثم توى ماعلى الغريم له أن يشارك القابض لأنه رضى بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم ، ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتض ، ولو أبرأه عن نصيبه فكل ذلك لأنه إتلاف وليس بقبض ، ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقى من السهام ، ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتبارا بالإبراء المطلق ،

لأننا نقول : تلك الضرورة ثابتة قطعا في القسمة الصحيحة بعد أن وقعت سواء كانت قصدية أو ضمنية ، فلو سلم وقوع قسمة الدين قبل القبض ضمننا هاهنا واعترف بصحتها لزم أن لا يكون للشريك الساكت سبيل على ما استوفاه القابض من الدين المشترك بالمقاصة أيضا فلم أن لا يضمه ربع الدين ، وقد نقرر أن له أن يضمه ذلك فسلطك الصحيح أن لا يسلم لزوم قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لا قصدا ولا ضمنا كما قررناه (قوله وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا ، لأن حقه في ذمته باق لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه) أقول : فيه كلام ، وهو أنه إن كان حق الشريك الساكت باقيا في ذمة الغريم وكان ما استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة للساكت فيما استوفاه القابض مشكلا غير معقول المعنى . ثم إن هذا يخالف لما ذكر في غاية البيان وغيرها في صدر هذه المسائل من الأصل الصحيح المبرر من عليه بأن يقال : الأصل هنا أن الدين المشترك الذي ثبت بسبب واحد للشريكين إذا قبض أحدهما شيئا منه فالمقبوض من النصيبين ، لأننا لو جعلناه من نصيب أحدهما لكان قد قسمنا الدين حال كونه في اللمة ، وقسمة الدين حال كونه في اللمة لا يجوز . والدليل على ذلك هو أن القسمة تميز الحقوق ، وذلك لإتاني في اللمة ، ولأن القسمة فيها معنى التخليك لأن كل واحد من المقتسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي حوضا عما له في يد الآخر ، وتخليك الدين لغير من في ذمته لا يجوز ، فإذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعا فكان لشريكه أن يأخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتأمل . قال صاحب النهاية في تحليل قول المصنف فله أن لا يشاركه لثلاث ينقلب ماله ما عليه فإنه خلف باطل . أقول : فيه نظر ، لأنه يستلزم أن لا يثبت له حق المشاركة أصلا بل يثبت له عدم المشاركة ، وهذا ظاهر لزوما وبطلانا (قوله ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتض) أقول : فيه شيء ، وهو أنه يلزم في هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وذا لا يجوز ، وليس

ثبوت الثمن في ذمة المشتري ، والإضافة إلى ما على الغريم من نصيبه عند العقد إن تحققت لاتاني ذلك ، لأن النقود عينا كانت أو دينًا لاتتمتعين في العقود . وإذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لأنها لزمّت في ضمن المعاقلة فلا معتنى بها ، وأما الصلح فليس يلزم به في ذمة المصالح شيء تقع المقاصة به فتعين أن يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان الشريك بسبيل من المشاركة فيه (ولاشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا) من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشراء السلعة بنصيبه (لأن حقه في ذمة الغريم باق ، لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه) لثلاث ينقلب ماله ما عليه فإنه خلف باطل . فلو سلم الساكت للقابض ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشارك القابض (في الفصول الثلاثة) لأنه رضى بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم) كما إذا مات الحال عليه مفلسا فإن احتال يرجع على الخليل لذلك ، وإذا كان على أحد الشريكين دين للغريم قبل الدين المشترك فأقر بذلك لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتض بناء على أن آخر الدينين قضاء عن أولهما ؛ إذ العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبقه (ولو أبرأه عن نصيبه فكل ذلك لأنه إتلاف وليس بقبض ، ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقى من السهام) حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فأبرأ أحد الشريكين عن نصف نصيبه كانت المطالبة له بالجملة والساكت بالعمشة (ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف) خلافا لهما ، قال صاحب النهاية : ما ذكره من صفة الاختلاف يخالف لما ذكر في عامة

ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض ، ولو غصب أحدهما عينا منه أو اشتراها شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستتجار بنصيبه قبض ،

ها هنا عقد حتى تجوز في ضمنه كما قالوا في صورة البيع ، اللهم إلا أن يجعل نفس المقاصة نوع عقد أو شبه عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض في ضمنها أيضا (قوله ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : وقالوا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأخير ، وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة ، وذلك لا يتميز بعرضه عن بعض . ولقالوا أن يقول : بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أو لا ؟ فإن تميز بطل قولكم ، وذلك لا يتميز بعرضه عن بعض ، وإن لم يتميز بطل قولكم لامتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا . والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر ما يوجهه فيما يستحيل ذلك فيه ، فعنى قوله لامتياز أحد النصيبين لاستنزاف التأخير الامتياز . فإن قيل : فقد جوزوا إبراء أحدهما عن نصيبه ، وذكر الإبراء يوجب التمييز يكون بعرضه مطلوباً وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك . وأجيب بأن القسمة تقتضي وجود النصيبين ، وليس ذلك في صورة الإبراء بوجود فلا قسمة ، إلى هنا كلامه . أقول : في الجواب الثاني بحث ، لأن عدم تحقق القسمة في صورة الإبراء بسبب عدم تحقق مقتضاها لا يدفع السؤال الثاني ، لأن حاصله نقض ما ذكر في الجواب الأول بأن ذكر ما يوجب التمييز بتحقيق في صورة الإبراء أيضا ، فلو استلزم مجرد ذلك قسمة الدين قبل القبض في صورة التأخير لاستلزامها في صورة الإبراء أيضا ، وأما عدم تحقق القسمة بسبب تخلف مقتضاها فأمر مشترك بين الصورتين ، لأن القسمة كما تقتضي وجود النصيبين كذلك تقتضي كون كل واحد من النصيبين قابلاً للتمييز عن الآخر ، وتمييز بعض الدين عن بعض غير متصور فلا

الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول أبي يوسف ، وذلك سهل لحواز أن يكون المصنف قد اطلع على رواية محمد مع أبي حنيفة وأبو يوسف اعتبر التأخير لكونه إبراء موثقاً بالإبراء المطلق ، وقالوا : يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأجيل ، وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة ، وذلك لا يتميز بعرضه عن بعض . ولقالوا أن يقول بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أو لا ، فإن تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعرضه عن بعض ، وإن لم يتميز بطل قولكم لامتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا . والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر ما يوجهه فيما يستحيل ذلك فيه ، فعنى قوله لامتياز أحد النصيبين لاستنزاف التأخير الامتياز . فإن قيل : فقد يجوز إبراء أحدهما عن نصيبه وذكر الإبراء يوجب التمييز يكون بعرضه مطلوباً وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك . أجيب بأن القسمة تقتضي وجود النصيبين ، وليس ذلك في صورة الإبراء بوجود فلا قسمة . لا يقال : لو كان القسمة أمراً وجودياً لزم ما ذكرتم ، وإنما هي رفع الاشتراك أو ما شئت فسمه وذلك عديم ، فلا نسلم أنها تقتضي وجود النصيبين . لأننا نقول : القسمة لإفراز أحد النصيبين لتكثير المنفعة بما لا يشاركه فيه الآخر ، وذلك يقتضي وجودهما لا محالة ، وارتفاع الشركة من لوازمه والاعتبار للموضوعات الأصلية (ولو غصب أحدهما عينا منه أو اشتراه شراء فاسدا فهلك في يده فهو قبض) لأن ضمان المالك قصاص بقدره من الدين وهو آخر الدينين فيصير قضاء للأول ، وكذا إذا استأجر من الغريم بنصيبه داراً وسكنها فأراد شريكه ابتاعه كان له ذلك لأنه صار مقتضياً نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجه ، لأن ما عدل منافع البضيع من المنافع جعل

(قوله والجواب عنه أن تأخير البعض فيه الخ) أقول : اختيار لائق الثاني ، ثم التفسير في قوله فيه راجع إلى الدين (قوله فإن قيل فقد يجوز إبراء أحدهما الخ) أقول : ويجوز أن يقرر السؤال بأن تصحيح الإبراء عن نصيبه يستلزم تميز الدين في ذمته قبل الإبراء ، وإلا فكيف تعلق الإبراء بنصيبه خاصة فيتأمل في جوابه (قوله أجيب بأن القسمة تقتضي الخ) أقول : ولو أجيب بأن الحال قسمة الدين في الذمة ولا يلزم ذلك في صورة الإبراء لم يمتنع إلى ذلك التطويل (قوله لزم ما ذكرتم) أقول يعني من اقتضاء وجود النصيبين (قوله فلا نسلم أنها الخ) أقول : لعل هذا الخلق خارج عن قانون الترجيح .

وكذا الإحراق عند محمد رحمه الله بخلافه لأبي يوسف رحمه الله، والزواج به إلتلاف في ظاهر الرواية، وكذا الصلح عليه من جناية العمد . قال (وإذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس المال لم يميز عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : يجوز الصلح) اعتبارا بسائر الديون ،

قسمة في الدين لا في صورة الإبراء ولا في صورة التأخير ، كيف ولو أمكن القسمة في الدين لما بطلت قسمة الدين قبل القبض فإذا لم تتصور حقيقة القسمة في الدين لا في صورة الإبراء ولا في صورة التأخير بقي أصل النقض على حاله فتدبر (قوله وكذا الصلح عليه عن جناية العمد) قال في النهاية ومعراج الدراية : قيل إنما قيد بجناية العمد لأن في جناية الخطأ يرجع ، ولكن ذكر في الإيضاح مطلقا فقال : ولوشح الطالب المطلوب موضحة فصالحه على حصته لم يلزمه لشريكه شيء ، لأن الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح انتهى . وقال في العناية بعد ذكر ما فيها : وأرى أنه قيده بذلك لأن الأرض قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشيء انتهى . ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال إنه العاقلة لاتنقل صلحا على ما سيحیی انتهى . أقول : هذا ساقط جدا ، لأن العاقلة إنما لاتنقل الأرض الذي يجب بالصلح وهو الذي يحمي في كتاب الديات ، ولا يكون ذلك إلا في الصلح عن جناية العمد ، وإنما مراد صاحب العناية هاهنا أن الأرض قد يلزم العاقلة بجناية الخطأ ثم يصلح عنه على مال أعطاه الخاني ، ففي مثله إذا وقع الصلح على نصيب الخاني من الدين المشترك لم يكن الخاني المصالح مقتضيا لشيء ، إذ الأرض لم يلزمه حتى يكون مقتضيا له بل قد لزم العاقلة فأين ما أراد ما أورده ذلك الراي . ثم أقول : بقي كلام فيها قاله صاحب العناية . أما أولا فلأن القتال يدخل مع العاقلة عندنا فيكون فيها يؤدي كأحدهم على ما سيحیی في كتاب الماقل فلم يَمُ قوله فلم يكن مقتضيا لشيء ، إذ قد كان مقتضيا لقدر ما لزمه أن يؤديه مع العاقلة . وأما ثانيا فلأن ما ذكره إنما يقتضي إطلاق الجناية لا تقيدتها بالعمد ، فإن المصالح إذا لم يكن

مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها (وكذا الإحراق عند محمد بخلافه لأبي يوسف) وصورته : ما إذا ردى النار على ثوب المديون فأحرقه وهو يساوي نصيب المحرق ، وأما إذا أخذ الثوب ثم أحرقه فإن للشريك الساكت أن يتبع المحرق بالإجاع . فحمد رحمه الله أن الإحراق إلتلاف لمال مضمون فكان كالنصب ، والمديون صار قاضيا لنصيبه بطريق الخاصة فيجعل المحرق مقتضيا . ولأبي يوسف رحمه الله أنه متلف نصيبه بما صنع لا قابض ، لأن الإحراق إلتلاف فكان هذا نظير الجناية ، فإنه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن للأخر أن يرجع عليه بشيء ، فكذا إذا جنى بالإحراق ، وإذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لأنه لم يقبض من حصته شيئا مضمونا يقبل الشركة فإنه يملك به البضع ، وإنه ليس بمال منقوض ولا مضمون على أحد . فكان كالجناية . وروى بشر بن أبي يوسف أنه يرجع لأن الزوج وإن كان بالنصيب لفظا فهو بمثله معنى فيكون دين المهر الواجب للمرأة آخر الدينين فيصبر قضاء للأول فيستحق القضاء والاقتضاء ، والصلح على نصيبه بجناية العمد إلتلاف كالزوج به لأنه لم يقبض شيئا قابلا للشركة بل ألتف نصيبه . قيل وإنما قيد بقوله عمدا لأنه في الخطأ يرجع عليه ، وأطلق في الإيضاح فقال : ولوشحه موضحة فصالحه على حصته لم يلزم الشريك شيء لأن الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح ، وأرى أنه قيده بذلك لأن الأرض قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشيء . قال (وإذا كان السلم بين شريكين الخ) إذا أسلم رجلان رجلا في كَر حطلة فصالح أحدهما مع المسلم إليه على أن يأخذ نصيبه من رأس المال ويسفخ عقد السلم في نصيبه لم يميز عند أبي حنيفة ومحمد إلا بإجازة الآخر ، فإن أجاز جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركا بينهما وما بقي من السلم مشتركا بينهما وإن لم يميز فالصلح باطل . وقال أبو يوسف : جاز اعتبارا بسائر الديون ، فإن أحد الدائنين إذا صالح المديون عن نصيبه على بدل جاز وكان الآخر غيرا بين أن يشاركه في المقبوض وبين أن يرجع على المديون بنصيبه كذلك هاهنا

(قوله فيستحق القضاء والاقتضاء) أقول : أي القضاء من المرأة والاقتضاء من الرجل (قوله لأذا الأرض قد يلزم العاقلة الخ) أقول : فيه أن العاقلة لا تنقل صلحا على ما سيحیی .

وبما إذا اشترى عبدا فأقال أحدهما في نصيبه . ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ، ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر بخلاف شراء العين ، وهذا لأن المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد بتمامهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ، ولأنه لو جاز لشاركة في المقبوض ، فإذا شاركة فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدى إلى عود السلم بعد سقوطه . قالوا : هذا إذا خلط رأس المال ، فإن لم يكن قد خلطاه فعلى الوجه الأول هو على الخلاف ، وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق .

مفتضيا لشيء لزم أن لا يرجع شريكه عليه كما في الصلح عن جنابة العمد فلم يظهر للتقييد وجه فليتأمل (قوله ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ، ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر) يعنى أنه لو جاز ، فأما إن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين ، فإن كان الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر إلا بالتمييز ولا تمييز إلا بالقسمة والألزام باطل ، وإن كان الثاني فلا بد من إجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه . أقول : فيه نظر . أما أولا فلأن هذا الدليل مقروض بسائر الديون لأنه جار فيها بعينه كما لا يخفى مع تخلف الحكم المذكور وهو عدم جواز الصلح كما تقرر في دليل أبي يوسف ، وأما ثانيا فلأن قسمة الدين في الذمة إنما لا يجوز إذا كانت قصدا ، وأما إذا كانت ضمننا فتجوز كما صرحوا به وقد مر من قبل ، وفي الشق الأول من الرديد المذكور إنما لزم قسمة الدين قبل القبض في ضمن عقد الصلح فلا محذور في الألزام (قوله ولأنه لو جاز لشاركة في المقبوض ، فإذا شاركة فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدى إلى عود السلم بعد سقوطه) قال صاحب العناية أخذنا من شرح تاج الشريعة : واعترض بأن هذا المعنى موجود في الدين المشترك إذا

(وبما إذا اشترى عبدا فأقال أحدهما في نصيبه) يجمع أن هذا الصلح (إقالة وفسخ لعقد السلم . ولأبي حنيفة ومحمد وجهان : أحدهما أنه لو جاز فأما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين ، فإن كان الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر إلا بالتمييز ، ولا تمييز إلا بالقسمة وقد تقدم بطلانها ، وإن كان الثاني فلا بد من إجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه . وقوله بخلاف شراء العين جواب عن قياس أبي يوسف المتنازع على شراء العبد وتقريره ، بخلاف شراء العين فإنما إذا اشترى فيه الشق الأول من الرديد لم يلزم المحذور المذكور فيه في السلم وهو قسمة الدين في الذمة . واستظهر المصنف بقوله وهذا لأن المسلم فيه يعنى أن المسلم فيه ذمة المسلم إليه إنما صار واجبا بعقد السلم والعقد بتمامهما فلا ينفرد أحدهما برفعه . والثاني أنه لو جاز الصلح لشاركة في المقبوض من رأس المال لأن الصفقة واحدة وهى مشتركة بينهما ، وإذا شاركة فيه يرجع المصالح على من عليه بالقدر الذى قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وقد كان ساقطا بالصلح ثم عاد بعد سقوطه . واعترض بأن هذا المعنى موجود في الدين المشترك إذا استوفى أحدهما نصفه ، فإذا شاركة صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغرم وفيه عود الدين بعد سقوطه . وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذ به يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه ، بل بتقاصداً وثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه ، لأن الدين يقضى بأتماله وفي السلم يكون فسخا وفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب (قالوا) أى المتأخرون من مشايخنا (هذا) الاختلاف بين علمائنا إنما هو (إذا خلط رأس المال) وعقد عقد السلم ، وأما إذا لم يخلط فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف أيضا وهؤلاء نظروا إلى الوجه الأول وهو قوله العقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون رأس المال مخلوطا أو غيره وقال آخرون : هو على الاتفاق في الجواز ، وهؤلاء نظروا إلى الوجه الثاني وهو قوله لو جاز لشاركة في المقبوض لأن ذلك باعتبار شركتهما في المقبوض ولا مشاركة عند انفراد كل منهما بما يخصه من رأس المال ، ومنشأ اختلاف المتأخرين في أن اختلاف المتقدمين في صورة خلط رأس المال أو على الإطلاق أن عمدا ذكر الاختلاف في البيوع مع ذكر الخلط ، وذكر في كتاب الصلح مع تصريح عدم الخلط أن الآخر لا يشاركة فيما

(قوله رجع المصالح الخ) أقول : إطلاق المصالح يجوز إلا أن يكون المراد الاستيفاء بطريق الصلح .

(فصل في التخرج)

(وإذا كانت الشركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه لإياه والشركة عقار أو عروض جاز قليلا
 كما أعطوه إياه أو كثيرا) لأنه أمكن تصحيحه بيما . وفيه أثر عثمان ، فإنه صالح تناظر الأشجعية امرأة عبد الرحمن
 ابن عوف رضي الله عنه عن ربيع ثمانية ألف دينار .

استوفى أحدهما نصفه ، فإذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغرم وفيه عود الدين بعد سقوطه . وأجيب بأنه
 أخذ بدل الدين وأخله يؤذن بتقرير المبدل لا يسقطه ، بل يتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه ، لأن الدين
 تقضى بأثمانها ، وفي السلم يكون فسحا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب ، انتهى كلامه . أقول : لمترض أن يعود ويقول
 هذا المعنى موجود أيضا فيما إذا اشترى عبدا فأقال أحدهما في نصيبه ، والفرق المذكور في الجواب المزبور لا يتمشى فيه لأن
 الإقالة فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقد ذكر في آخر الجواب أن المفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب ، ولم يتجدد السبب
 في تلك الصورة قطعا فينتقض الدليل المذكور بها . ويمكن الجواب عنه بمنع جريان قوله لو جاز لشاركة في المقبوض في صورة
 الإقالة في العين بناء على جواز تفرد أحدهما بالرفع في العين كما فهم من قول المصنف ، بخلاف شراء العين ، وهذا لأن المسلم
 فيه صار واجبا بالمقد والمقد قام بيما فلا يتفرد أحدهما برقمه فلم يوجد المعنى المذكور في تلك الصورة فلا انتقاض بها ،
 تأمل نقف .

(فصل في التخرج)

التخرج تفاعل من الخروج ، ومعناه أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بشيء معلوم ، وإنما أخره لقلة
 وقوعه ، إذ قلما يرضى أحد أن يخرج من البين بغير استيفاء نصيبه أو لوقوعه بعد الحياة (قوله وفيه أثر عثمان رضي الله عنه
 فإنه صالح تناظر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربيع ثمانية ألف دينار) قال في غاية البيان :

قبض المصالح في قول أبي يوسف ولم يذكر قول أبي حنيفة ومحمد فظن بعضهم أن ترك الذكر لأجل الاتفاق وقيل وليس بمسديد :
 لأن الموجب للشركة في المقبوض هو الشركة في دين السلم بالتماد والمقد وهو لا يختلف فيها خطأ أو لم يخطأ .

(فصل في التخرج)

التخرج تفاعل من الخروج ، وهو أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم ، ووجه تأخيره قلة
 وقوعه ، فإنه قلما يرضى أحد بأن يخرج من البين بغير استيفاء حقه . وسببه طلب الخارج من الورثة ذلك عند رضا غيره به ،
 وله شروط تذكر في أثناء الكلام ، وتصوير المسئلة ذكرناه في مختصر الصور والرسالة . قال (وإذا كانت الشركة بين ورثة
 فأخرجوا أحدهم الخ) وإذا كانت الشركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه لإياه حال كون الشركة عقارا أو عروضها جاز
 قل ما أعطوه أو أكثر ، وقيد بذلك لأنها لو كانت من التلوق كان هناك شرط سند كره . وهذا لأنه أمكن تصحيحه بيما والبيع
 يصح بالقليل والكثير من الثمن ، ولم يصح جملة إبراء لأن الإبراء من الأعيان غير المضمونة لا يصح . فإن قيل : لو كان بيما
 لشرط معرفة مقدار حصته من الشركة لأن جهالة تفسد البيع . أجيب بأن الجهالة المفضية إلى الزاع تفسد البيع لا تمتناعه عن

(قوله وقيل وليس بمسديد) أقول : القائل هو الخبازي لقلا من الأوضح .

(فصل في التخرج)

(قوله ووجد تأنيبه قلة وقوعه) أقول : ويجوز أن يكون التأنيب لاختصاصه بركة الميت (قوله وقيد بذلك الخ) أقول : أشار

قال (وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهباً أو كان ذهباً فأعطوه فضة فهو كذلك) لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوى ويعتبر التفاضل في المجلس لأنه صرف غير أن الذى في يده بقية التركة إن كان جاحداً يكتفى بذلك القبض لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصالح وإن كان مقرراً لابد من تجديد القبض لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصالح (وإن كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بمقتضى بقية التركة) احترازاً عن الربا ،

والأصل في جواز التخارج ما روى محمد بن الحسن في الأصل في أول كتاب الصلح عن أبي يوسف عن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس : أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن أخرجوها من الميراث. وقال محمد أيضاً : حدثنا أبو يوسف عن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس أنه قال بتخارج أهل الميراث ، وكذلك روى الحاكم الشهيد عن عمرو بن دينار : أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن أخرجوها من الميراث ، وقد أثبت خمس الأئمة السرخسي وعلاء الدين الاسميحاني في شرح الكافي لفظ الكافي كما فيه من غير تغيير ، إلا أن خمس الأئمة السرخسي قال : وهي تخاضر كان طلقها في مرضه ، فاختلقت الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر ، وكانت له أربع نسوة وأولاده فحفظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءاً من التركة فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءاً وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفاً . وقد روى محمد الألف مطلقاً ولم يفسر أنها دراهم أو دنانير ، وذكر ثلاثة قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصالحاة ، ولم يذكر أن عبد الرحمن عن كم نسوة مات . وصاحب الهداية لم يذكر الثلاثة قبل الثمانين ، وقسم الثمانين بالدينار . إلى هنا لفظ غاية البيان ، وهذا بسط ما ذكر في جملة الشروح هاهنا غير أنه ذكر في سائر الشروح أنه ذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار (قوله وإن كانت التركة فضة وذهباً وغير ذلك فصالحوها على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بمقتضى بقية التركة احترازاً عن الربا) أما إذا كان ما أعطوه أقل من نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لأنه تبي الرابذة على المأخوذ من جنس ذلك

التسليم الواجب بمقتضى البيع ، وهذا لا يحتاج إلى تسليم فلا يقضى إلى المنازعة فصار كمن أقر أنه غصب من فلان شيئاً واشتراه من المقر له جاز وإن لم يعلم مقدار . وفي جواز التخارج مع جهالة المصالح عنه أثر عثمان . وهو ما روى محمد بن الحسن عن حدثه عن عمرو بن دينار أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن أخرجوها من الميراث وهي تخاضر كان طلقها في مرضه فاختلقت الصحابة في ميراثها منه ، ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاده فحفظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءاً فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءاً وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفاً ولم يفسر ذلك في الكتاب . وذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار ، وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهباً أو بالعكس جاز لأنه بيع الجنس ، بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوى لكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صرفاً غير أن الوارث الذى في يده بقية التركة إن كان جاحداً لكونها في يده يكتفى بذلك القبض : أى القبض السابق لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح ، والأصل في ذلك أنه متى تجانس القبض بأن يكون قبض أمانة أو قبض ضمان ناب أعضدها مناب الآخر ، أما إذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس ، فأما إذا كان الذى في يده بقيتها مقرراً فإنه لابد من تجديد القبض وهو الانتهاء إلى مكان يتسكن من قبضه لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وإن كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوها على أحد التقدين فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة بمقتضى بقية التركة) فإن كان مساوياً للنصيب أو أقل أو لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربا ، أما إذا كان مساوياً فلزيادة العروض

بقوله بذلك إلى قوله حال كون التركة مقاراً البع (قوله صالحوها) أقول : التفسير في قوله صالحوها راجع إلى إحدى نساء (قوله وهي تخاضر ، إلى قوله : ولم يفسر ذلك في الكتاب) أقول : هذا الكلام إلى قوله وثمانين ألف دينار ، ذكره خمس الأئمة السرخسي في شرح لمبسط

ولابد من التقاض شيئاً يقابل نصيبه من الذهب والفضة لأنه صرف في هذا القدر، ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً لعدم الربا، ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبذل الصلح دراهم ودنانير أيضاً جاز الصلح كيفما كان صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقاض للصرف. قال (وإذا كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين له فالصلح باطل) لأن فيه تملك الدين من غير من عليه وهو حصصة المصالح (وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز) لأنه إسقاط وهو تملك الدين ممن عليه الدين وهو جائز، وهذه حيلة الجواز،

ومن غير جنسه خالية عن العوض، وكذلك إذا كان ما أعطوه مثل نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لأنه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض، فتعذر تجويزه بطريق المعاوضة في هاتين صورتين لازماً الربا؛ ولا يصبح تجويزه بطريق الإبراء عن الباقي أيضاً لأن التركة عين والإبراء من الأعيان باطل، وكذا في الذخيرة وفي كثير من شروح هذا الكتاب. أقول: عدم صحة تجويز ذلك بطريق الإبراء عن الباقي منظور فيه عندى، لأن الإبراء عن نفس الأعيان وإن كان باطلاً إلا أن الإبراء عن دعوى الأعيان صحيحة كما صرحوا به وقد مر في الكتاب، فلم لا يصلح تجويز الصلح على الأقل أو الأقل فما نحن فيه بطريق الإبراء عن دعوى الباقي وحمل كلام الماعقل على الصحة واجب مهما أمكن. فإن قلت: قد مر في الكتاب أنه لو ادعى داراً فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لأن ما قبضه عين حقه وهو على دعواه في الباقي وما نحن فيه نظير تلك المسئلة؛ فإذا لم يصح الصلح هناك فكيف يصح هاهنا. قلت: قد مر أيضاً في الشروح هناك ما ذكر جواب غير ظاهر الرواية، وأما في ظاهر الرواية فإنه يصح. وقد ذكر في الذخيرة وفي فتاوى قاضيه خان أيضاً اختلاف جواب ظاهر الرواية وجواب غير ظاهر الرواية في تلك المسئلة. حتى قال في الذخيرة هناك: وجه ظاهر الرواية أن الإبراء لاق عينا ودعوى، والإبراء عن الدعوى صحيح وإن كان الإبراء عن العين لا يصح. وأما فيما نحن فيه فالجواب عدم صحة الصلح رواية واحدة لا غير على ما ذكر في جميع

وإذا كان أقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم، وإن كان مجهولاً ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة، ولا يصح بطريق الإبراء أيضاً لما مر، ولا بد من التقاض شيئاً يقابل حصته من الذهب والفضة لأنه صرف في هذا القدر. وقيل بطلان الصلح على مثل نصيبه أو أقل من الدراهم حالة التصديق، أما إذا ادعت ميراث زوجها وأنكر الورثة الزوجية فصالحوها على أقل من نصيبها من المهر والميراث جاز، لأن المنفوع إليها حيثل قطع المنازعة ولافتداء العجين وليس ذلك ربا (ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً) قل أو كثر وجد التقاض في المجلس أولاً، ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبذل الصلح كذلك جاز كيفما كان صرفاً للجنس إلى خلافه كما في البيع، لكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفاً. قال (وإذا كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا من مصالح عن الدين ويكون الدين لم فهو باطل في الدين والعين جميعاً، أما في الدين فلائذ فيه تملك الدين من غير من عليه الدين وهو حصصة المصالح، وأما في العين فلاحكام الصفقة. والحيلة في الجواز أن يشترطوا على أن يبرأ الغرماء منه ولا ترجع الورثة عليهم

وأراد بالكتاب المبسوط. وإنما كتبت هذا لئلا يتوهم أن المراد بالكتاب الهداية، ويمتدح على الشارح بأنه مفسر فيه كما فعله البعض، ثم قوله ولم يفسر ذلك في الكتاب يعني لم يفسر محمد في مبسوط (قال المصنف) وإذا كان في التركة، إلى قوله: فالصلح باطل) أقول: قال التكاكي: أي في الكل في العين والدين، أما في الدين فلكونه يملك الدين من غير من عليه الدين، وأما في العين فلتصاد الصفقة. وفي مبسوط شيخ الإسلام: وهذه المسئلة ترد نقضاً على أبي يوسف ومحمد فيها إذا أسلم حنطة في شبر أو زيت حيث قال: يصح في حصصة الزيت ويفسد في حصصة الشبر، وهاتنا أسند الكل، وهذا بما يحفظ. وفي التكاكي: قيل هذا عند أبي حنيفة، وأما عندهما يبيح العقد صحيحاً فيها ورأه الدين، وقيل هو قول الكل، والفرق لما أن بيع الدين باطل لا فائدة لصار كبيع الخمر والخنق يشن واحد انتهى. فظهر ما في التكاكي جواب نقض شيخ الإسلام غواهر زاده قليتأمل. ثم إن عبارة المصالح في قول المصنف على أن يخرجوا المصالح عنه بكسر اللام على صيغة اسم المفاعل (٦٠ - تكللة فتح القدير ص ٨٠)

وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه مبرعين، وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة. والأوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين.

الكتب، فريد عليه ما أوردناه من النظر كما لا يخفى. وقال الحاكم أبو الفضل: إنما يطل الصلح عن مثل نصيبه من الدراهم على أقل من نصيبه من الدراهم حالة التصديق، وأما حالة المناكرة فالصلح جائز لأن حالة المناكرة المظني يعطى المال لقطع المنازعة ويفدى به يمينه فلا يتمكّن الربا، وكذا في اللخيرة والتمتة، ونقل عنهما في النهاية ومعراج الدراية. وقال الإمام علاء الدين الأسيسجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد: قال أبو الفضل: يعني الحاكم الشهيد: إنما يطل الصلح على أقل من نصيبها من العين في حالة التصديق، أما في حالة المناكرة فالصلح جائز لأنه إن لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه إسقاطاً. ثم قال الإمام الأسيسجاني: والصلح أنه باطل في الوجهين لأنه يكون معاوضة في حق المدهي فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذي قلنا انتهى. وهكذا نقل عنه في غاية البيان. وقال الإمام فخر الدين قاضيه خان في فتاواه: قال الحاكم الشهيد: إنما يطل الصلح على أقل من حصتها من مال الربا في حالة التصديق، أما في حالة الجحود والمناكرة يجوز الصلح، ووجه ذلك أن في حالة الإنكار ما يؤخذ بدلاً في حق الآخذ ولا في حق الدافع انتهى كلامه. أقول: في الوجه الذي ذكره قاضيه خان إشكال، لأن عدم كون المسأوخ بدلاً في حق الدافع ظاهر مسلم، وأما عدم كون ذلك بدلاً في حق الآخذ لم ينوع. فإن قلت: إنما لا يكون المسأوخ بدلاً في حق الآخذ أيضاً لإمكان تصحيح هذا الصلح بدون الحمل على المعاوضة بحمله على أخذ عين الحق في قدر المسأوخ وإسقاط الحق في الباقي كما قالوا في الصلح عن الدين بأقل من جنسه. قلت: الكلام في الصلح عن أعيان التركة والإبراء عن الأعيان باطل على ما صرحوا به، فلو أمكن تصحيح هذا الصلح في حالة المناكرة بحمله على أخذ بعض الحق وإسقاط بعضه الآخر لأمكن تصحيحه في حالة التصديق أيضاً بذلك الطريق لعدم الفارق بين الحالتين في ذلك المعنى قطعاً، وقد أجمعا على عدم إمكان تصحيحه أصلاً في حالة التصديق. نعم بقي لنا الكلام في هذا المقام بأنه لم لا يجوز تصحيح هذا الصلح في الحالتين معا بحمله على الإبراء من دعوى الباقي من أعيان التركة لا عن نفس تلك الأعيان، وبالباطل هو الثاني دون الأول كما قررناه من قبل (قوله وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) لعدم رجوعهم على الغرماء، وكذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة. وقالوا في سائر الشروح: أما في الوجه الأول فإن بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء، وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة انتهى. قال بعض الفضلاء بعد نقل المعنى الأول عن الكفاية: هذا هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية إذ لا نسيئة عند التبرع فليأتمل انتهى. أقول: قد يكون التبرع في نفس المال بأن يعطيه على أن لا يأخذ عينه ولا بدله من بعد، وقد يكون في نقده وتحويله بأن يعطيه في الحال عند عدم وجوب إعطائه عاجلاً عليه، وهذا لا ينافي أن يأخذ عينه أو بدله في الأجل، فلما كان قول المصنف في الوجه الثاني مبرعين محتملاً لكل واحدة من صورتَي التبرع حمله بعض الشراح على الصورة الأولى لتبادهارها، ففسر ضرر ببقية الورثة في الوجهين معا بعدم رجوعهم على الغرماء، وحمله أكثر الشراح على الصورة الثانية لقلة الضرر فيها وتفاضل الضرر في الصورة الأولى، ففسروا الضرر في الوجهين بالمشتين المختلفين، فقول ذلك القائل في الرد عليهم، إذ لا نسيئة في التبرع ناشئ من

بنصيب المصالح فإنه إسقاط أو تمليك الدين بمن عليه الدين وهو جائز (وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه من الدين مبرعين، وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) أما في الوجه الأول فلأن بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء، وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة (والأوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين

(قال المصنف: وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) أقول: قال في الكفاية: لعدم رجوعهم على الغرماء انتهى. هذا هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية، إذ لا نسيئة عند التبرع فليأتمل (قوله وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم) أقول: فيه بحث

ويجلبهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ، ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكمل والموزون ، قبل لا يجوز لاحتمال الربا ، وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة ،

الغفل عن الصورة الثانية للتبرع . واعلم أن صدر الشريعة حل هذا الوجه الثاني في شرح الوفاة على ما حل عليه أكثر شراح هذا الكتاب حيث قال : والثانية أن بقية الورثة يؤدون إلى المصالح نصيبه نقداً ويجعل لهم حصته من الدين على الغرماء ، وفي هذا الوجه ينصرف بقية الورثة لأن التقدير من الدين انتهى . ولكن خالف في توجيه الوجه الأول صاحب الهداية وشرح كتابه قاطبة وسائر المحققين كصاحب الكافي وغيره حيث قال : الحيلة الأولى أن يشترطوا أن يبرئ المصالح الغرماء عن حصته من الدين ويصالح عن أعيان التركة بمال ، وفي هذا الوجه فائدة لبقية الورثة لأن المصالح لا يبق له على الغرماء حق لأن حصته نصير لهم ، انتهى كلامه . أقول : فيه بحث ، لأن ما ذكره إنما يفيد ثبوت الفائدة للغرماء لا لبقية الورثة . فلن قيل : إذا لم يبق للمصالح على الغرماء حق يسهل للغرماء أداء حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة فائدة لبقية الورثة . قلنا : إن حصل لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم الضرر من جهة أن حصص المصالح لا نصير لهم ، قوله لا أن حصته نصير لهم حجة عليه لا له فلا وجه للذكره في تحليل فائدة بقية الورثة . ثم إن صاحب الإصلاح والإيضاح زاد في الطيور نغمة حيث قال في هذا المقام : وفي هذا الوجه نوع ضرر لسائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح ، ونوع نفع لهم حيث لا يبق للمصالح حق على الغرماء فنقصان ذلك الضرر يحبر بهذا النفع . وقال في حاشيته : فيه دخل لصاحب الهداية حيث اعتبر الضرر المذكور ولم ينتهبر النفع ولصدر الشريعة حيث عكس انتهى . أقول : فيه أيضاً بحث ، إذ لا يبق على القطن أن عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وضياح ذلك القدر من مال التركة بالكيفية ضرر فاحش لم لا ينجر بمجرد أن لا يبق للمصالح حق على الغرماء فإن النفع فيه لسائر الورثة أمر وهمي من جهة تأديبه إلى سهولة أداء الغرماء حصص باقى الورثة فإين هذا من ذاك ؟ فالحق ما ذكره صاحب الهداية (قوله ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكمل والموزون قبل لا يجوز لاحتمال الربا) بين هذا في كثير من الشروح بأن كان له في التركة مكمل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل ، وهكذا في الذخيرة أيضاً . أقول : فيه خلل لأن نصيبه من ذلك إذا كان أقل من بدل الصلح لا يلزم الربا ، إذ يكون نصيبه من ذلك حينئذ مثله من بدل الصلح ، ويكون زيادة البذل بمحقة من بقية التركة كما مر في الكتاب ، كما إذا كانت التركة فضة وذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة من أنه لا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجفنس حتى يكون نصيبه مثله والزيادة بمحقة من بقية التركة احترازاً عن الربا . فالحق في البيان هاهنا أن يقال بأن كان في التركة مكمل أو موزون ، ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أكثر ، ولقد أصاب صاحب غاية البيان حيث حلل قوله لاحتمال الربا بقوله لأنه يجوز أن يكون في التركة كيلي أو وزني وبذل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك أو أقل ، لأن ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربا انتهى . فإنه اعتبر القلة في جانب بدل الصلح لا في جانب نصيب المصالح من ذلك على عكس ما اعتبره الآخرون ، وكان صاحب الكافي تنبه أيضاً لما ذكرناه من الخلل فاحتج بذكر المثل حيث قال في تحليل هذا القيل : لاحتمال أن يكون في التركة مكمل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا انتهى . واقتنى أثره صاحب معراج الدرابة ، ولكن الأوجه أن يزداد عليه قيد أو أكثر كما نهينا عليه أفاً لأن فيه توسيع دائرة احتمال الربا كما لا يلقى (قوله) وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة (لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجفنس وإن كان فيحصل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة ، كذا في العناية ، وحل هذا النوال ذكر في الذخيرة وكثير من الشروح .

ويجمل الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء ، ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكمل والموزون قبل لا يجوز لاحتمال الربا) وهو قول الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني بأن كان في التركة مكمل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل (وقيل يجوز) وهو قول الفقيه أبي جعفر لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجفنس ، وإن كان

ولو كانت التركة غير المكيال والموزون لكنها أعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا إذ المصالح عنه عين . والأصح أنه يجوز لأنها لا تنضى إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة ، وإن كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لأن التركة لم يملكها الوارث ، وإن لم يكن مستغرقا لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت ، ولو فعلوا قالوا يجوز . وذكر الكرخي رحمه الله في القسمة أنها لا يجوز استحسانا ونحو قياسا .

وكتب بعض الفضلاء على قول صاحب المنايا : فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر أو أقل ، فيه بحث . أقول : لعل مراده بالبحث أنه على تقدير أن يكون نصيبه أقل مما أخذه لا يلزم الربا لما بيناه فيما مر فلا وجه للذكره في أثناء بيان احتمال الربا ، لكنه ساقط هاهنا لأن مراد صاحب العناية وغيره فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر فيلزم الربا أو أقل فلا يلزم الربا إلا أنه على كل تقدير يلزم الربا لأنهم يصعدون بيان شبهة الشبهة التي ليست بمعتبرة فلا بد لهم من بيان احتمال كل واحد من جانبي الصفة والفساد ، ألا ترى إلى قولهم لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس ، فإن هذا الاحتمال احتمال جانب الصفة قطعا . كيف ولو كان الاحتمال مقصورا على جانب الفساد لكان اللازم حقيقة الربا لا شبهة الربا فضلا عن شبهة شبهة تأمل تغف . ثم اعلم أن صاحب الإصلاح والإيضاح بعد ما بين الاختلاف في هذه المسئلة على ما ذكر في الكتاب قال : ولقال أن يقول : حق الجواب التخصيص بأن يقال إن كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز وإن لم يكن يجوز وإن لم يدحل التركة فعل الاختلاف انتهى كلامه . أقول فيه نظر ، أما أولا فإنه لا احتياج هاهنا إلى ما ذكره من التخصيص أصلا ، إذ الشقان الأولان من تفصيله قد استغنى عنهما بالمستثنين المذكورين سابقا على الاستقلال : إحداهما قوله وإن كانت التركة فضة وذهب وغير ذلك فصالحه على ذهب أو فضة الخ ، وأخرها قوله في أول الفصل وإذا كانت التركة بين ورقة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركه عقار أو عروض جاز قليلا كان ما أعطوه إياه أو كثيرا ، وأما ثانيا فلأن التخصيص الذي ذكره لا يخلو عن اختلال لأن قوله إن كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز لا يصح على إطلاقه ، فإنه إذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان ما أعطوه أكثر قدرا من نصيب المصالح من ذلك الجنس يجوز الصلح قطعا كما مر مفصلا ومدلا ، وكذا إذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم ودنانير وكان بدل الصلح دراهم ودنانير أيضا يجوز الصلح قطعا كما مر أيضا مستوفى . وأما ثالثا فلأن مسئلتنا هذه لا تنقل التخصيص المذكور جدا ، إذ قد اعتبر فيها كون أعيان التركة غير معلومة ، فإن عبارة هذا الكتاب في هذه المسئلة هكذا ، ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيال والموزون ، قيل لا يجوز ، وقيل يجوز . وعبارة

فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة (ولو كانت التركة غير المكيال والموزون لكنها أعيان غير معلومة) فصالحوا على مكيال أو موزون أو غير ذلك (قيل لا يجوز لكونه بيعا) إذ لا يصح أن يكون إبراء (لأن المصالح عنه عين) والإبراء من العين لا يجوز ، وإذا كان بيعا كانت الجهالة مانعة (وقيل يجوز وهو الأصح لأنها ليست بمقتضية إلى النزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة) فما ثمة احتياج إلى التسليم حتى يقضى إلى النزاع ، حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز لاحتياجه إلى ذلك ، وإن كان على الميت دين فلما أن يكون مستغرقا أو غيره ، ففي الأول لا يجوز الصلح ولا القسمة لأن الوارث لم يملك التركة ، وفي الثاني لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ، ولو فعلوا قالوا يجوز . وأما القسمة فقد قال الكرخي إنها لا يجوز استحسانا ونحو قياسا . ووجه الاستحسان أن الدين يمنع تملك الوارث ، إذ ما من جزء إلا وهو مشغول بالدين فلا يجوز القسمة قبل قضاءه . ووجه القياس أن التركة لا يخلو عن قليل للدين فتقسم نفيا للضرورة من الورثة ، والله أعلم .

(قوله أكثر مما أخذ أو أقل) أقول : فيه بحث .

(كتاب المضاربة)

المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض ؛ سمي بها

الوقاية وكذا عبارة من ذلك القائل في هذه المسئلة هكذا . وفي صحة الصلح عن تركه جهلت على مكيل أو موزون اختلاف انتهى . فكيف يتصور في هذه الصورة التفصيل الزبور فهلا هي متحصرة في الشق الثالث منه وهو ما لم يدر حال التركة ، فالجواب بالاختلاف لا غير على ما ذكر في الكتب المتبعة عامة .

(كتاب المضاربة)

قد مر وجه المناسبة في أول كتاب الإقرار . والمضاربة في اللغة : مفاعلة ، من ضرب الأرض إذا سار فيها ، قال الله تعالى - وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله - يعني الذين يسافرون في الأرض للتجارة ؛ وسمى هذا العقد بها لأن المضارب يسير في الأرض غالبا طلبا للربح . وفي الشريعة : عبارة عن عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر كما سيأتي في الكتاب . وقال صاحب النهاية ومن يخلو : هي حلوله في الشريعة عبارة عن دفع المال إلى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا . أقول : فيه فتور ، إذ الظاهر أن المضاربة في الشريعة ليست نفس الدفع المزبور ، بل هي عقد يحصل قبل ذلك أو معه . وركنها الإيجاب والقبول باللفاظ تدل عليها ، مثل أن يقول رب المال دفعت لهذا إليك مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو أخذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله فهو بيننا على كذا ، ويقول المضارب قبلت أو ما يردى هذا المعنى . وشروطها كثيرة تذكر في أثناء المسائل . قال في العناية : وشروطها نوحان : صحيحة وهي ما يعطى المقدبفواته ، وفاسدة تفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتي ذكر ذلك اهـ . أقول : فيه قصور ، لأن الشروط الفاسدة أيضا نوحان : نوع يفسد العقد أيضا ، ونوع يفسد في نفسه ويبقى العقد صحيحا نص عليه هاهنا في النهاية ، وسيأتي التصريح به في الكتاب أيضا . وعبارة العناية تشعر بانحصار الشروط الفاسدة في النوع الثاني منها فكانت قاصرة . وحكمها : الإيداع والوكالة والشركة بحسب الأوقات كما أشير إليه في الميسر والخيرة والتحفة وغيرها على ما فصل في النهاية . قال في العناية : وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح . أقول : فيه خلل ، أما أولا فلأن حكمها عند الدفع هو الإيداع ، وإنما الوكالة حكمها عند التصرف والعمل كما نص عليه في كثير من المعنات حتى المتن ؛ ألا ترى إلى ما قال في الوقاية : وهي إيداع أولا وتوكيل عند عمله وشركة إن ربح . وأما ثانيا فلأنه لم يذكر الإيداع عند بيان حكمها وهو حكم لها أيضا يثبت بها أولا على ما صرح به في حاشية الكتب . وقال في الكافي والكفاية : وحكمها أنواع : إيداع ووكالة وشركة وإجارة وغصب . أقول : فيه أيضا خلل ، لأن معنى الإجارة إنما يظهر إذا فسدت المضاربة ، ومعنى الغصب إنما يتحقق إذا خالف المضارب فكان متعلبا كما سيأتي ، وكلا الأمرين ناقض لعقد المضاربة منافي لصحتها فكيف يصح أن تجعل الإجارة والغصب حكما من أحكامها ، وحكم الشيء ما يثبت به والذي يثبت ثمنا فيه لا يثبت

(كتاب المضاربة)

قد ذكرنا وجه المناسبة في أول الإقرار فلا يحتاج إلى الإعادة (والمضاربة مشتقة من الضرب في الأرض ؛ وسمى هذا العقد بها

(كتاب المضاربة)

لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله ، وهى مشروعة للحاجة إليها ، فإن الناس بين غنى بالمال غنى عن التصرف فيه ، وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه ، فست الحاجة إلى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغنى والدكى والفقر والغنى . وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصمحية ، ثم المدفوع إلى المضارب أمانة في يده لأنه قبضه بأمر ماله لاهل وجه البذل والوثيقة ، وهو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بأمر ماله ، وإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله ، فإذا فسدت ظهرت الإجارة حتى استوجب العامل أجر مثله ، وإذا خالف كان غاصبا لوجود التعلى منه على مال غيره .

به قطعا . لا يقال : إن الإجارة والغصب وإن لم يصلحا أن يحصل احكما للمضاربة الصحيحة إلا أنها يصلحان أن يحصل احكما للمضاربة الفاسدة : فن أحدهما في أحكام المضاربة يريد بأحكامها أحكام مطلق المضاربة صحيحة كانت أو فاسدة . لانا نقول : لاشك أن ما ذكره في قرائنها من ركنها وشروطها وغيرها إنما يراد به ما كان للمضاربة الصحيحة لآخر ، ففى أحكامها أيضا لابد أن يكون كذلك . ولئن سلم صحة التعميم للمضاربة الفاسدة أيضا فى الأحكام فالغصب ليس من أحكام المضاربة الفاسدة أيضا لأن حكم المضاربة الفاسدة على ما صرح به فى البدائع بل فى الكتاب أيضا فيما سيجىء أن يكون العامل مثل أجر عمله ، ولا شك أن ليس للغاصب أجر قط لكونه متعلبا فلا مجال لجعل الغصب من أحكام المضاربة فى شيء (قوله لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله) قال الشارح العيى : فيه مناقشة ، لأن المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئا اه . أقول : ليس هذا بشيء لأن الباء فى قوله بسعيه وعمله للسببية ، والمعنى أن المضارب يستحق الربح بسبب سعيه ، ووظيفة السبب مجرد الإيصال والإفضاء إلى المسبب فى الجملة لا التأثير فيه ، وإنما التأثير وظيفة العلة ، وقد

لأن المضارب يسير فى الأرض غالبا طلبا للربح قال الله تعالى - وآخرون يضربون فى الأرض يبتغون من فضل الله - وفى الاصطلاح : دفع المال إلى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ماشرطا (ومشروعيتها للحاجة إليها فإن الناس بين غنى بالمال غنى عن التصرف فيه ، وبين مهتد فى التصرف صفر اليد) أى خالى اليد عن المال فكان فى مشروعيتها انتظام مصلحة الغنى والدكى والفقر والغنى ، وفى الحقيقة راجع إلى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهو تعلق البقاء المقدور بتعاطيها . وركنها استعمال ألفاظ تدل على ذلك مثل : دفعت إليك هذا المال مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو خذ هذا المال أو اعمل به على أن ما رزق الله فكذا . وشروطها نوعان : صحيحة وهى مايبطل العقد بفواته ، وفاسدة فى نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سياتى ذكر ذلك . وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح (قوله وبعث النبي صلى الله عليه وسلم) بيان أن ثبوتها بالسنة والإجماع ، فإنه صلى الله عليه وسلم بعث (والناس يباشرونه فقررهم) على ما روى أن العباس بن عبد المطلب كان إذا دفع مضاربة شرط على المضارب أن لا يسلك به بحرا وأن لا ينزل به واديا ولا يشتري به ذات كبد رطب ، فإن فعل ذلك ضمن ، فيبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه . وتقرير النبي صلى الله عليه وسلم أمرا يعاين من أقسام السنة على ماظم (وتعاملت به الصمحية) من غير تذكير فكان إجماعا . قال (ثم المدفوع إلى المضارب أمانة فى يده) المدفوع إلى المضارب من المال أمانة فى يده لأنه قبضه بأمر ماله لا على وجه البذل كالمقبوض على سوم الشراء ، ولا على وجه الوثيقة كالرهن ، وكل مقبوض كذلك فهو أمانة ، ومع ذلك فهو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بأمر ماله ، فإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله

(قوله وفى الاصطلاح دفع المال إلى من يتصرف فيه) أقول : فيه مساحاة فأنها فى الاصطلاح هى العقد المخصوص (قوله وركنها استعمال ألفاظ تدل على ذلك) أقول : لى المراد الألفاظ المستعملة (قوله وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح) أقول : قال صاحب الكافى : المضارب أمين أولا لأنه قبض المال بإذن ماله لاهل جهة المبادأة والوثيقة ، بخلاف المقبوض على سوم الشراء لأنه قبضه بدلا ، وبخلاف الرهن لأنه قبضه وثيقة ، وعند الشروع فى العمل وكيل لأنه يتصرف فيه له بأمره حتى يرجع لى يسلطه من الهبة على رب المال كالوكيل

قال (المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين) ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين (والعمل من الجانب الآخر) ولا مضاربة بدونها ؛ ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ، ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا . قال (ولا تصح إلا بالمال الذي تصح به الشركة) وقد تقدم بيانه من قبل ، ولو دفع إليه عرضا وقال بعمول مضاربة في غنمه جاز له لأنه يقبل الإضافة من حيث إنه توكيل وإجارة فلا مانع من الصحة ، وكذا إذا قال له اقبس مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا ، بخلاف ما إذا قال له اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة ،

عرف ذلك كله في الأصول فتخلف استحقاق الربح عن سعي المضارب وعمله عند عدم ظهور الربح لا يخل بصحة الكلام المذكور أصلا (قوله ولو دفع إليه عرضا وقال به واعمل مضاربة في غنمه جاز لأنه يقبل الإضافة من حيث أنه توكيل وإجارة فلا مانع من الصحة) قال صاحب النهاية في بيان التعليل : أي لأن عقد المضاربة مشتمل على الوكالة والإجارة كما عرف ، وكل واحد منهما يقبل الإضافة إلى زمان في المستقبل ، فيجب أن يكون المشتمل عليهما وهو عقد المضاربة قابلا للإضافة إلى زمان في المستقبل أيضا لئلا يخالف الكل أجزاءه . والتفتي أثره صاحب العناية في هذا البيان غير أنه قال : والإجارة بالراء والإجارة بالزاي . أقول : فيه بحث ، أما أولا فلأن المضاربة ما لم تفسد لم تصر إجارة بالراء كما صرحوا به ودر في الكتاب آنفا ، والمدعي ما هنا صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة ، والمضاربة الصحيحة لا تشتمل على الإجارة بالراء أصلا بل تنافيها قطعاً فلا معنى لدرجتها في تعليل صحة عقد المضاربة في الصورة المزبورة . وأما ثانياً فلأن لزوم عدم مخالفة الكل للجزء ممنوع ، فإننا نعلم قطعاً مخالفة الكل لأجزائه الخارجية والعقلية في كثير من الأحكام ؛ ألا يرى أن الواحد جزء من الاثنين والأول فرد لا زوج والثاني زوج لا فرد إلى غير ذلك من المخالفات البينة ، على أن المخالفة بين المضاربة وبين الوكالة والإجارة أيضا متحققة قطعاً في كثير من الأحكام : منها أن التوكيل لا يستحق الربح ولا يشترك فيه مع الموكل والمضارب يستحق ذلك ويشترك فيه مع رب المال ، وأن الأجير يستحق الأجر ولا يستحق الربح والمضارب على العكس إلى غير ذلك . وأما ثالثاً فلأن الوكالة والإجارة لا يجتمعان الجزئية من المضاربة . أما الوكالة فلا تنافي بينهما اتفاقاً على أنها حكم من أحكام المضاربة ، ولا شك أن حكم الشيء خارج

وهو شائع فيشرکه ، وإذا فسدت ظهرت الإجارة لأن المضارب يعمل لرب المال في ماله فيصير ماضرباً من الربح كالأجرة على عمله فلها يظهر معنى الإجارة إذا فسدت ، ويجب أجر المثل ، وذلك إنما يكون في الإيجارات ، وإذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره . قال (المضاربة عقد على الشركة النفع) هذا تفسير المضاربة على الاصطلاح ، وكان فيه نوع خفاء لأنه قال : عقد على الشركة ، ولم يعلم أن الشركة فيها ذا ؟ ففسره المصنف بقوله ومراده الشركة في الربح لآي رأس المال مع الربح ؛ أي لأن رأس المال لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب ، ولا مضاربة بدونها ؛ أي بدون الشركة إشارة إلى انتفاء العقد بانتفائها لأن المضاربة عقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة ؛ ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ، ولو شرط للمضارب كان قرضا ، ولا تصح المضاربة إلا بالمال الذي تصح به الشركة وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، أو فلوساً رائحة عند محمد وبما سواها لا يجوز ، وقد تقدم في كتاب الشركة . ولو دفع إليه عرضا وقال به واعمل مضاربة في غنمه جاز ، لأن عقد المضاربة يقبل الإضافة من حيث أنه توكيل وإجارة ؛ يعني أنه مشتمل على التوكيل ، والإجارة بالراء والإجارة بالزاي . وكل منهما يقبل الإضافة إلى زمان في المستقبل فيجب أن يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل أجزاءه فلا مانع من الصحة ، وكذا إذا قال للمضارب اقبس مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا إنه يقبل الإضافة ، بخلاف ما إذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك فإنه لا يجوز

النفع . هذا يخالف ما في الشرح من أنه وكيل عند النفع فالتأمل (قوله لئلا يخالف الكل أجزاءه) أقول : قد سبق في كتاب الوكالة أن

لأن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على مامر في البيوع : وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشتري للأمر فيصير مضاربة بالعرض . قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق أحدهما دراهم مساة) من الربح لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة . قال (فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) لقساده فله

أي في الجامع الصغير

عنه مرتب عليه لا ركن داخل فيه ، وأما الإجارة فلأنها أيضا حكم من أحكامها على ما ذكره البعض وشيء مناف لصحتها مضادا لما حل مقتضى التحقيق كما مر ، وعلى كلا التقديرين لا تصلح الجزئية منها ، فحديث الجزئية في تحمية التعليل المزبور بما لا وجه له ، ولم أر أحدا حام حوله سوى الشارحين المذكورين ، فالوجه في تحمية ذلك تقرير صاحب الكافي حيث قال : لأنه لم يصف المضاربة إلى العرض ، وإنما أضاف إلى ثمنه والتمن بما يصح المضاربة به ، والإضافة إلى زمان في المستقبل يجوز لأنه وكالة أو ودعية أو إجارة ، وليس في شيء من ذلك ما يمنع صحة الإضافة إلى زمان في المستقبل اهـ . نعم فيه أيضا شيء مما مر ، وهو أن المضاربة إجارة بعد فسادها لا في حال صحتها ، فلا معنى للرجع الإجارة في تعليل صحتها في الصورة المزبورة ، اللهم إلا أن يكون درجتها فيه على سبيل المبالغة ، كأنه قيل : ليس في عقد المضاربة ما يمنع من الإضافة إلى زمان في المستقبل لا في حال صحتها ولا بعد فسادها فتأمل . ثم أقول : بقی فی بحث قوی فی هذا المقام ، وهو أنهم انفقوا على أن المضاربة إبداع ابتداء وتوكيل عند العمل وشركة بعد الربح ، وقد صرحوا في عمله بأن مالا يصح إضافته إلى زمان في المستقبل تسعة وعدا منها الشركة ، فإذا لم تصح إضافة الشركة إلى زمان في المستقبل فقد وجد في المضاربة ما يمنع صحة الإضافة إلى ذلك وهو الشركة ، فينبغي أن لا يصح عقد المضاربة في الصورة المزبورة بناء على ذلك المانع ، إذ لا ريب أن ارتفاع منع أمور لا يبعدى عند تحقق مانع آخر (قوله) لأن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على مامر في البيوع : وإذا لم يصح هذا التوكيل كان المشتري للمشتري والدين بحاله ، فكان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح ، كذا في العناية والنهاية . قال بعض الفضلاء : الأظهر أن يقال : إذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة ، لأن عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل اهـ . أقول : قد مر بنا أن حديث كون الوكالة جزءا من المضاربة ليس بصحيح ، فزعم صرحوا بأن الوكالة حكم من أحكام المضاربة مرتب على صحة عقد المضاربة ثابت عند تصرف المضارب في مال المضاربة لا قبله فلا مجال لأن تكون جزءا منها فلا بد في بيان بطلان المضاربة في الصورة المزبورة على تقدير بطلان ذلك التوكيل عند أبي حنيفة من المصير إلى ما ذكره صاحب العناية والنهاية . نعم إنهما قالا أيضا بجزئية الوكالة من المضاربة فيما مر ولكنهما أصابا في ترك ذلك هاهنا (قوله فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله)

المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التصريح ، أما عند أبي حنيفة فلأن هذا التوكيل لا يصح على مامر في البيوع : أي في باب الوكالة في البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال : ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها هذا العبد النخ ، وإذا لم يصح كان المشتري للمشتري والدين بحاله ، وإذا كان المشتري للمشتري كان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح ، وأما عندهما فلأن التوكيل يصح ولكن يقع الملك في المشتري للأمر فيصير مضاربة بالعرض وذلك لا يجوز . قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا الخ) ومن شرط المضاربة أن يكون الربح بينهما مشاعا ، ومعناه أن لا يستحق أحدهما دراهم من الربح مساة لأن شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة لجوازاها ، والمنافي لشرط جواز الشيء مناف له ، وإذا ثبت أحد المتنافين انتفى الآخر كما إذا ثبت الوجود انتفى العدم ، ثم فسر ذلك بقوله (فإن شرط زيادة عشرة دراهم فله أجر مثله لفساده لأنه ربما

الأصل في المضاربة السوم وفي الوكالة المخصوص فيلزم مخالفة لكل الجزء) قوله وإذا لم يصح كان المشتري للمشتري (أقول : والأظهر أن يقال : إذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لأن عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل) قوله ثم فسر ذلك بقوله فإن شرط الخ) أقول : فيه إشارة إلى أن القلاء تفسيرية .

ولأنه عين مستأجرة في يده ،

أن الفاسد إنما يعتبر بالجنائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجنائز كالبيع ، وهاهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة ، والمضاربة الفاسدة تنعقد لإجارة فتعتبر بالإجارة الصحيحة في استحقاق الأجر عند إيفاء العمل ، وإن تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل ، كذا في النهاية والعناية ، وعزاء صاحب العناية إلى الميسر . أقول : مقتضى هذا الجواب أن لا يجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة في شيء من الأحكام مع أنهم اعتبروها بالمضاربة الصحيحة في حكم كون المال غير مضمون بالهلاك كما ذكره المصنف متصلاً بما نحن فيه حيث قال : والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحيحة . نعم يمكن إثبات ذلك بالحكم بدليل آخر مآله إلى اعتبارها بالإجارة الصحيحة كما ذكره المصنف أيضاً بقوله ولأنه عين مستأجرة في يده ، لكن الكلام في جعلهم اعتبارها بالمضاربة الصحيحة دليلاً مستقلاً عليه كما هو الظاهر من عبارة القدامة والكافي وغيرهما فتأمل . ثم إن بعض الفضلاء ردّ على صاحب العناية في قوله وهاهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة بأنه يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والإجارة . أقول : إنما يخالف ذلك أن لو كان مراده بما أسلفه أن عقد المضاربة مشتمل على حال حصّة التوكيل والإجارة معاً ، وأما إذا كان مراده بذلك أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل حال صحته وعلى الإجارة بعد فساد فلا مخالفة بين كلاميه ، والظاهر هو الثاني لكونه موافقاً لما صرحوا به (قوله ولأنه عين مستأجرة في يده) وفي بعض النسخ : عين مستأجر . يعني أن رأس المال عين استأجر المضارب ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن كأجير الوحد ، كذا في الشروح . قال بعض الفضلاء : فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له ، أو هو من قبيل : سيل مغم ، ولعل هذا أولى انتهى . أقول : فيه أن قولهم سيل مغم ما يفي للمفعول وأسند الفاعل ، إذ المغم اسم مفعول من أغميت الإناء ملأته ، وقد أسند إلى الفاعل لأن السيل هو المائي لا المملوء ، بخلاف ما نحن فيه فإن رأس المال ليس بفاعل للاستأجار قطعاً كما أنه ليس بمفعول فكيف يكون هذا من قبيل ذلك ، اللهم إلا أن يكون مراده بقوله أو هو من قبيل سيل مغم أو هو من قبيل الإنسان المجازي مطلقاً لأنه من قبيل خصوص الإنسان الواقع فيه ، فيحتلّ يجوز كما أشار إليه

ففي الفاسدة أولى . فإن قيل : ما جراب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليق فإنه قوى فإن المقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جلسه كما في البيع الفاسد ، أجب بأن الفاسد إنما يعتبر بالجنائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجنائز كالبيع ، وهاهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة ، والفاسدة تنعقد إجارة فتعتبر بالإجارة الصحيحة في استحقاق الأجر عند إيفاء العمل ، وإن تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل ، والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين : أحدهما الاعتبار بالصحيحة ، والثاني أن رأس المال عين استأجر المضارب ليعمل به هو لا غيره ، ولا يضمن كأجير الوحد ، وهذا التعليق يشير إلى أن المضارب بمنزلة أجير الوحد من حيث أنه أجير لا يمكن أن يؤجر نفسه في ذلك الوقت لآخر ، لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن أجير الواحد أن يؤجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد ، وهذا قول أبي جعفر المتنوّي ، وقيل المذكور هاهنا قول أبي حنيفة ، وهنئذ هو ضامن إذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه ، وهذا قول الطحاوي ، وهذا بناء على أن المضارب بمنزلة الأجير المشترك لأن له أن يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد ، والأجير المشترك لا يضمن إذا تلف المال في يده من غير صنعه عند أبي حنيفة خلافاً لما . قال الإمام الأسدياني في شرح الكافي : والأصح أنه لا ضمان على قول الكل لأنه أخذ المال بمحكم المضاربة والمال في يد المضارب صحت أو فسدت أمانة ، لأنه لما قصد أن يكون المال عنده مضاربة فقد قصد أن يكون أميناً وله ولاية بجملة أميناً ، ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يظل

(قوله تنعقد شركة للإجارة) أقول : يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والإجارة فتأمل (قوله والثاني أن رأس المال عين استأجر المضارب) أقول : فيكون مستأجرة بقول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سيل مغم ولعل هذا أولى (قوله وهذا التعليق يشير إلى أن المضارب) أقول : في وجه الإشارة خلاف لا يخفى فتأمل (قوله لأن العين الواحد الخ)

وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده باختلال مقصوده، وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها، ويبطل الشرط كاشتراط الوضعية على المضارب.

تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال: المستأجر في الحقيقة إنما هو المضارب لكن متى العين مستأجراً لعمل المضارب فيه اه ثم إن جماعة من الشراح قالوا: وهذا التحليل يشير إلى أن المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث أنه أجير لا يمكن له أن يواجر نفسه في ذلك الوقت لآخر. وقال صاحب العناية والنهاية منهم في تحليل ذلك: لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجراً لمستأجرين في الوقت الواحد، كما لا يمكن لأجير الواحد أن يواجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد انتهى. أقول: فيه بحث. لأنه إن أريد بالعين الواحد في قولهما لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجراً لمستأجرين في الوقت الواحد نفس المضارب فلا نسلم أن نفسه لا يتصور أن يكون مستأجراً لمستأجرين في الوقت الواحد. لأن الإجازة إذا كانت عقداً على العمل لأجل المنفعة يجوز أن يكون شخص واحد مستأجراً لكثير من المستأجرين في وقت واحد كالتقاضي وراعى الغنم للعامة ونحوهما من الأجير المشترك لإمكان العمل لكل واحد منهم في ذلك الوقت، وقد وقع عقد المضاربة على العمل من المضارب فجاز أن يكون مستأجراً لأكثر من واحد، بخلاف أجير الواحد فإن الإجازة فيه كانت على المنفعة دون العمل فلا يقدر على أن يواجر نفسه لآخر في الوقت الواحد كما تقرر في محله، وإن أريد بالعين الواحد في قولهما المزبور رأس المال فسلم أن ذلك لا يتصور أن يكون مستأجراً لمستأجرين في وقت واحد: أي أن يكون في يد كل واحد منهما يملكان به في وقت واحد، ولكن هذا لا يقتضي أن يكون المضارب بمنزلة أجير الواحد بحريان هذا المعنى في كل أجير مشترك، فإن ما يعمل به من الأحيان لا يتصور أن يكون في يده وفي يد غيره على الاستقلال في الوقت الواحد لامتناع وقوع شيء واحد في عمليتين مختلفتين في وقت واحد فلا يتم التقريب (قوله وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده باختلال مقصوده، وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها، ويبطل الشرط كاشتراط الوضعية على المضارب) قال في النهاية: فإن قلت: هذا الكلي منقوض بما ذكر بعد هذا بخطوط وهو قوله: وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد، فإن هذا الشرط داخل تحت ذلك الكلي لأن هذا الشرط لا يوجب جهالة في الربح ومع ذلك أسد عقد المضاربة، وعمل قضية ذلك الكلي ينبغي أن لا يفسد المضاربة لأنه غير الذي يوجب جهالة في الربح. قلت: نعم كذلك إلا أنه يمتثل أن يريد بقوله وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها الشرط الذي لا يمنع موجب العقد، وأما إذا كان شرطاً يمنع موجب العقد يفسد العقد لأن العقد إنما شرع لإثبات موجبته انتهى. أقول: هذا الجواب لا يفي الجليل ولا ينجى طائلاً،

في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى ذلك بأمر جلي فقال (وكل شرط يوجب جهالة في الربح) كما إذا قال لك نصف الربح أو ثلثه وشرطاً أن يدفع المضارب داره إلى رب المال ليسكنها أو أرضه سنة ليزرعها (فإنه يفسد العقد باختلال مقصوده) وهو الربح، وفي الصورتين المذكورتين جعل المشروط من الربح في مقابلة العمل وأجرة الدار والأرض وكانت حصّة العمل مجهولة (وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها وفسد الشرط كاشتراط الوضعية على رب المال) أو عليهما. والوضعية اسم بخزء هالك من المال، ولا يجوز أن يلزم غير رب المال، ولما لم يوجب الجهالة في الربح لم تفسد المضاربة. قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة خاطئة. والجواب أنه قال: وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها: أي المضاربة، وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة، وسلب الشيء عن المعلوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعلوم ليس بصير، وقوله بعد هذا بخطوط: وشرط

أقول: فيه تأمل (قوله وكانت حصّة العمل مجهولة) أقول: فإن قيل: هله جهالة لا تقتضي إلى النزاع فيلبيح أن لا تكون مفسدة. قلنا: لعل إفسادها من حيث جواز أن لا يحصل له من الربح إلا قدر أجرة الدار والأرض فلا توجد الشركة فيه إذ لم يتعين أنه أجرة الدار وحصة من الربح، لهذا معنى قوله فيكون حصّة العمل مجهولة فليتأمل (قوله والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة) أقول: فيه بحث، فإن هذا الكلام وإن كان صحيحاً في نفسه لكن لا يناسب هذا المقام، لأن المعنى وغير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى صحيحة وفسد الشرط فليذهب.

قال (ولا بد أن يكون المال مسلماً إلى المضارب ولا بد لرَبِّ المال فيه) لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه، وهذا بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر، فلا بد من أن يتخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه. أما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنتقد الشركة، وشرط العمل على ربِّ المال مفسد للعقد لأنه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد كالصغير لأن يد المالك ثابتة له، وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب، وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط حمل صاحبه لقيام الملك له وإن لم يكن عاقداً، واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده إن لم يكن من أهل المضاربة فيه كالمأذون، بخلاف الأب والوصي لأنهما من أهل أن يأخذوا مال الصغير مضاربة بأنفسهما فكذا اشتراط عليهما بجزء من المال.

لأن كون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد مع أنه مجرد احتمال محض لا يدل عليه اللفظ المزبور لعمومه. ففسادها هو المقصود في المقام، إذ المقصود هاهنا بيان أصل يضبط به أحوال الشروط الفاسدة في باب المضاربة، فعمل بتقدير أن يكون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد يكون الشرط الذي يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة في الربح خارجاً عن قسمي هذا الأصل فلا يتحقق الانضباط فلا يتم المقصود. وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال: قيل شرط العمل على ربِّ المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيحكي، فلم تكن القاعدة مطردة. والجواب أنه قال: وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها: أي المضاربة، وإذا شرط العمل على ربِّ المال فليس ذلك بمضاربة، وسلب الشيء عن المعلوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعلوم ليس بصغير، وقوله يعد هذا بخطوط وشرط العمل على ربِّ المال مفسد للعقد ممناه مانع عن تحققه، انتهى كلامه. أقول: مضمون هذا الجواب وإن لم يكن فاسداً في نفسه إلا أنه مفسد لمعنى المقام، لأن معنى القسم الثاني من الأصل المذكور على ما صرحوا به هو أن غير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويبطل الشرط، وقد أشار إليه المصنف بقوله كاشتراط الوضعية على المضارب، فإن الشرط هناك باطل والمضاربة صحيحة، وقد كان اعترف به صاحب العناية أيضاً حيث قال أولاً: ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى ذلك بأمر جملي فقال: وكل شرط

العمل على ربِّ المال مفسد للعقد ممناه مانع عن تحققه. قال (ولا بد أن يكون رأس المال مسلماً إلى المضارب الخ) لا بد أن يكون رأس المال مسلماً إلى المضارب ولا بد لرَبِّ المال فيه يتصرف أو حمل، لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه كالوديعة، وهذا بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب، فلا بد من التخلص للعمل ليتمكن من التصرف فيه وبقائه يد غيره يمنع التخلص. وأما الشركة فالحمل فيها من الجانبين، فلو شرط خلوص اليد لأحدهما انتفى الشركة وشرط العمل على ربِّ المال مفسد لأنه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود، وسواء كان ربِّ المال عاقداً أو غير عاقد كالصغير إذا دفع إليه أو وصيه ماله مضاربة وشرط حمل الصغير فإنه لا يجوز، لأن يد المالك ثابتة له، وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب، وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط حمل صاحبه فسدت لقيام ملكه وإن لم يكن عاقداً، وإذا شرط العاقد الغير المالك عمله مع المضارب فلما أن يكون من أهل المضاربة في ذلك المال أولاً، فإن كان الأول كالأب والوصي إذا دفعوا مال الصغير مضاربة وشرط العمل مع المضارب جازت لأنهما من أهل أن يأخذوا مال الصغير مضاربة فكانا كالأجنبي، فكان اشتراط العمل عليهما بجزء من المال جائزاً، وإن كان الثاني كالمأذون يدفع المال مضاربة فسدت، لأنه وإن لم يكن مالكا ولكن يد تصرفه ثابتة فزُلْ منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف

قال (وإذا صحّت المضاربة مطلقاً جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويبيع ويودع لإطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة ، فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار ، والتوكيل من صنيعهم ، وكذا الإيضاع والإيداع والمسافرة ؛ ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى ، كيف وأن اللفظ دليل عليه لأنها مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس له أن يسافر . وعنه وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إن دفع في بلده ليس له أن يسافر لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وإن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب ، والظاهر ما ذكر في الكتاب قال (ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك) لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه وكان كالتوكيل ، فإن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره إلا إذا قيل له اعمل برأيك ،

== القدر من من مقتضاه مصحح
الماضرة بماله المضاربة رآه لم يقرر ١

يوجب جهالة في الربح الخ ، ولا شك أن المضاربة المدونة لا تندرج في هذا المعنى (قوله وإذا صحّت المضاربة مطلقاً جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويبيع ويودع) فسر أكثر الشراح المضاربة المطلقة هاهنا بأن لا تكون مقيدة بزمان ولا مكان . أقول : هذا تقصير منهم جداً ، لأنها إذا لم تكن مقيدة بزمان ولا مكان ولكن كانت مقيدة بسلمة بيعها أو كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه لم تكن مطلقة بل كانت مقيدة لم يجر للمضارب أن يتجاوزها كما سيأتي . وقال بعض من الشراح في تفسير المضاربة المطلقة هاهنا : أي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلمة . أقول : فيه أيضاً نوع تقصير لدخول ما كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه في هذا التصريح أيضاً مع أنها ليست بمطلقة حيث يصح ذلك التقليد كما سيأتي في الكتاب ، فالأولى في تفسيرها أن يقال ما لم تقيد بزمان ولا مكان ولا يتنوع من التجارة ولا بشخص من المعاملين ، وعن هذا قال في اللبيرة والمحيط : إذا دفع مالا مضاربة بالنصف ولم يزد حل هذا فهذه مضاربة مطلقة ، وله أن يشتري بها ما بدا له من سائر التجارات وله أن يعمل بها ما هو من عادات التجار انتهى (قوله ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله) قال صاحب العناية : ولا يرد جواز إذن المأذون لبعده وجواز الكتابة للمكاتب والإجارة للمستأجر

فكان قيام يده مانعاً عن صحة المضاربة ، والله أعلم . قال (وإذا صحّت المضاربة مطلقاً الخ) المراد بالمطلق مالا يكون مقيداً بزمان ولا مكان نحو أن يقول دفعت إليك هذا المال مضاربة ولم يزد حل ذلك ، فيجوز للمضارب أن يبيع نقداً ونسيئة ويشترى ما بدا له من سائر التجارات ، لأن المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل إلا بالتجارة ، فالعقد بإطلاقه ينتظم جميع صنوفها ويصنع ما هو صنيع التجار لكونه مفصلاً إلى المقصود فيوكل ويبيع ويودع لأنها من صنيعهم ويسافر ، لأن المسافرة أيضاً من صنيعهم ، ولفظ المضاربة مشتق من الضرب في الأرض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك . وعن أبي يوسف أنه ليس له أن يسافر ، وعنه وعن أبي حنيفة أنه إن دفع إليه في بلد المضارب ليس له أن يسافر لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة ، وإن دفع إليه في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب ، إذ الإنسان لا يستديم القرية مع إمكان الرجوع ، فلما أعطاه مالاً بغيره كان دليل الرضا بالمسافرة عند رجوعه إلى وطنه ، فظاهر الرواية ما ذكر في الكتاب يريد قوله والمسافرة : يعني أنها من صنيع التجار (ولا يجوز للمضارب أن يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله) ولا يرد جواز إذن المأذون لبعده وجواز الكتابة للمكاتب والإجارة للمستأجر والإعارة للمستعير فيها لم يختلف باختلاف المستعملين فلأنها أمال لما يباحها وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة أو الأمانة الثانية ، وليس المودع والوكيل الإيداع والتوكيل فكذلك المضارب لا يضارب غيره ،

(قوله لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولاً والوكالة ثانياً ، وليس المودع والوكيل الإيداع والتوكيل) أقول : بخلاف المأذون لأن التنازل

بمخالف الإيداع والإيضاح لأنه دونه فيتضمنه ، وبمخالف الإقراض حيث لا يملكه . وإن قيل له اعمل برأيك لأمر المراد منه التعميم فيها هو من صنيع التجار وليس الإقرار منه وهو تبرع كالمطالبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لأنه لا يجوز الزيادة عليه ، أما الدفع مضاربة فن صنيعهم ، وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول . قال (وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلع معينة لم يجز له أن يتجاوزها) لأنه توكيل . وفي التخصيص فائدة فيتخصص ، وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة إلى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره . قال (فإن خرج إلى غير ذلك البلد فاشترى ضمن) وكان ذلك له ، وله ربحه لأنه تصرف بغير أمره وإن لم يشتر حتى رده إلى الكوفة وهي التي عنها يرى من الضمان كالودع إذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق ،

والإعارة المستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين ، فلها أمثال لما يمانسها ، وقد تضمنت أمثالا لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولا والوكالة ثانيا ، وليس للمودع والوكيل الإيداع والتوكيل فكلها المضارب لا يضارب غيره ، انتهى كلامه . أقول : الظاهر أن قوله لأن المضاربة تضمنت الأمانة الخ لتأويل لقوله ولا يرد جواز إذن المأذون الخ لكنه منظور فيه لأن حاصله إقامة دليل آخر على عدم جواز أن يضارب المضارب غيره يتضمن المضاربة الأمانة والوكالة التين لا يجوز فيما الإيداع والتوكيل ، ولا يلزم منه عدم ورود النقض بالصورة المذكورة في الكتاب وهو قوله لأن الشيء لا يتضمن مثله فلا يتم التقريب . والوجه في الجواب عن النقض بتلك الصورة ما ذكر في بعض الشروح من أن الكلام في التصرف نيابة وهو لا يصرفون بحكم المالكية . أما المأذون فلأن الإذن فك الحجز ثم بعد ذلك يصرف المبد بحكم المالكية الأصلية ، وأما المالك فله صار حرا يدا ، وأما المستأجر والمستعير فلأنهما ملكا المفعة وقوله ورجع المال مضاربة على حاله قال صاحب العناية : فإن قيل قوله

وإجواب عن البواقي مسجى في مواضعها (بمخالف الإيداع والإيضاح لأنها دونه فيتضمنها ، وبمخالف الإقراض فإنه لا يملك به ، وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيها هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه لكونه تبرعا كالمطالبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح لأنه لا يجوز الزيادة على القرض ، أما الدفع مضاربة والشركة والخلط بمال نفسه فن صنيعهم فيجوز أن يدخل تحت هذا القول) يعنى قوله اعمل برأيك . فإن قيل : إذا كانت المضاربة من صنيعهم والمقصود وهو الربح يحصل بها تعلمت جهة الجواز فينبى أن يرجع على جهة العلم . أجيب بأن كلام من جهتي الجواز والعدم صالح للعلية فلا يرجع غيرها بها كما عرف (وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو سلع معينة لم يجز له أن يتجاوزها لأنه توكيل) والتوكيل في شيء معين يختص به (وفي التخصيص) في بلد بعينه (فائدة) من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وصيانة المضارب وتفاوت الأسعار باختلاف البلدان ، وفي عدم استحقاق النفقة في مال المضاربة إذا لم يسافر فيجب رعايتها توفيراً لها هو المقصود وهو الربح (وليس له أن يبيع من يخرجها من تلك البلدة لأنه إذا لم يملك الإخراج بنفسه لا يملك تفويضه إلى غيره فإن خرج به إلى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشتري وربحه له لأنه تصرف فيه بمخالف أمره) فصار غاصبا (وإن لم يشتر ورده إلى البلد الذي عينه سقط الضمان كالودع المخالف إذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق) فإن قيل : قوله ورجع المال مضاربة يدل على أنها زالة ، وإذا

بالإذن فك الحجز ثم البعد بعد ذلك يصرف حكم المالية الأصلية ، ولما كان كذلك كان فك الحجز عن التجارة بمنزلة إسقاط الملك عن المبد بالإعتاق لأن فك الحجز عبارة عن إسقاطه ثم الملتق بمقت ذلك المأذون بأذن عبده فلا يبقى عليك ما في تقرير الشارع من القصور (قوله وإجواب عن البواقي مسجى في مواضعها) أقول : أي من مواد النقض بين الجواب سقي يحيل بالجواب عن البواقي كما مسجى فليتأمل (قوله أجيب بأن كلام من جهتي الجواز صالح للعلية فلا يرجع غيرها بها) أقول : الظاهر فلا يرجع أسداها بالآخرى (قوله وفي التخصيص في بلد بعينه) أقول : في تخصيصه بالبلد كلام ، والظاهر هو التعميم للسلعة أيضا فإن السلعة متفاوتة يكون رغبة الناس إلى بعضها أكثر

وكذا إذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصركان المردود والمشتري في المصرك على المضاربة لما قلنا ، ثم شرط الشراء بها هاهنا وهو رواية الجامع الصغير ، وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الإخراج . والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصرك الذي عينه ، أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج ، وإنما شرط الشراء للتحقق لا لأصل الوجوب ، وهذا بخلاف ما إذا قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصرك مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد ، إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لأنه صرح بالحجر والولاية إليه

ورجع المال مضاربة يدل على أنها زائلة وإذا زال العقد لا يرجع إلا بالتجديد . أوجب بأنه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء والقرض خلافه ، وإنما قال رجع بناء على أنه صار على شرف الزوال ، وأما على رواية المبسوط فلأنها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس الإخراج اه . أقول : قوله إنه رواية الجامع الصغير لم يزل ، لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء مخالف لما حققه المصنف وغيره فيها سيأتي من أن شرط الشراء في رواية الجامع الصغير لتقرر الضمان لأصل وجوبه ، وإنما وجوبه بنفس الإخراج ، إذ حينئذ يتحقق الخلاف بمجرد الإخراج على رواية الجامع الصغير أيضا ، فالحق في الجواب أن يكفي بأن يقال : إن المضاربة زائلة بالإخراج زوالا موقوفا ، فإذا لم يشتر رده المال إلى البلد الذي عينه رب المال سقط الضمان وعادت المضاربة إلى أصلها ، والعقد إنما لا يرجع إلا بالتجديد فيها إذا زال زوالا مقطوعا غير موقوف على شيء (قوله إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لأنه صرح بالحجر والولاية إليه) قال في معراج الدراية : فإن قيل : يشكل على هذا ما ذكر في الذخيرة أنه لو قال بع بالنسيئة ولا تبع بال نقد أو على العكس حيث لو باع بالنقد أو بالنسيئة لا يكون مخالفا مع صريح النهي إذا كان السعر بالنقد والنسيئة لا يتفاوت . قلنا : هذا مخالفه بتأخير

زال العقد لا يرجع إلا بالتجديد . أوجب بأنه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل ، لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء والقرض خلافه ، وإنما قال رجع بناء على أنه صار على شرف الزوال . وأما على رواية المبسوط فلأنها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس الإخراج (وإذا اشترى ببعضه في المصرك الذي عينه وأخرج البعض منه ولم يشتر به ثم رده إلى الذي عينه كان المردود والمشتري في المصرك على المضاربة لما قلنا) من البقاء في يده بالعقد السابق ، وأما إذا اشترى ببعضه فيه وبعض آخر في غيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضيمته لتحقق الخلاف منه في ذلك القدر والباقي على المضاربة ، إذ ليس من ضرورة صيرورته ضامنا لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيها بى ، وفيه نظر لأن الصفقة متحدة وفي ذلك تمر فيها . والجواب أن الجزء معتبر بالكل ، وتفرق الصفقة موضوع إذا استلزم ضررا ، ولا ضرر عند الضمان ، وقد أشرنا إلى اختلاف رواية الجامع الصغير والمبسوط . قال المصنف (والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصرك الذي عينه ، أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج ، وإنما شرط الشراء) يعني في الجامع الصغير للتحقق لا لأصل الوجوب ، وهذا بخلاف ما إذا قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصرك مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي فقال اعمل في السوق ولا تعمل في غيره لأنه صرح بالحجر والولاية إليه بونوقض بما لو قال على أن تبع بالنسيئة ولا تبيع بالنقد فيباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا وجوابه مبنى على أصل وهو أن التقييد من كل وجه متبع وغيره كذلك لعموم المبدأ من وجه دون وجه متبع عند النهي الصريح ولعمد السكوت عنه ، فالأول كالتخصيص ببلد وسعة وقد تقدم ، والثاني كصوره النقض فإن البيع نقدا بشئ كان ممن النسيئة خير ليس إلا فكان التقييد مضرا . وأما الثالث فكأنه من السوق فإنه مفيد من وجه من حيث أن البلدات أما كن مختلفة حقيقة وهو ظاهر ، وحكما فإنه إذا شرط الحفظ على المردود في محله ليس له أن يحفظ في غيرها ، وقد تختلف الأسعار أيضا باختلاف أماكنه ، وغير مفيد من وجه وهو أن المصرك مع تباين أطرافه جعل كمكان واحد كما إذا شرط الإيفاء في السلم بأن يكون في المصرك ولم يبين المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لولاية الحجر ولم يعتبر عند (قوله وغيره) أقول : أى غير المفيد (قوله كذلك لعمد) أقول : أى من كل وجه (قوله فإن البيع نقدا بشئ كان ممن النسيئة)

ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا ، وكذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لأنه تفسير له ، أو قال فاعمل به في الكوفة لأن الفاء للوصل أو قال خذ بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق ، أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ،

فلا يكون مخالفة خلافا لفر ، وهذا كما لو وكله بأن يبيع عبده بألف فباعه بألفين يجوز عندنا خلافا لفر لأنه مخالفة بالخبر اه . أقول : في كل واحد من السؤال والجواب ضبط . أما في الأول فلأن قوله أو على العكس غير صحيح ، إذ لم يذكر كون الجواب في عكس قوله بع بالشيئة ولا تبع بالنقد كالجواب فيه لاني الذخيرة ولا في شيء من الكتب الشرعية . وأما في الثاني فلأن قوله هذا مخالفة بالخبر مما لا يكاد يصح بعد درج العكس المذكور في الإشكال ، لأنه إذا كان البيع بالنقد مخالفة بالخبر فيها إذا كان السعر بالنقد والشيئة غير متفاوت لم يتصور كون البيع بالشيئة في العكس مخالفة بالخبر أيضا ، وهذا ظاهر جدا ، فالصواب أن يطرح حديث العكس في السؤال كما فعله غيره (قوله ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا الخ) يعنى أن معنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا بهذه الألفاظ ، ومقصوده التمييز بين ما يفيد التخصيص من الألفاظ وما لا يفيد ذلك منها ، وجملة ذلك على ما عينوا ثمانية : ستة منها تفيد التخصيص فتعتبر شرطا ، واثنان منها لا تفيد فتعتبر مشورة . والضابط في التمييز ما يفيد التخصيص مما لا يفيد هو أن رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يصح التلطف به ابتداء ويصح متعلقا بما قبله يعمل متعلقا به لتلايفه ، ومتى ذكر عقيبا ما يصح الابتداء به لا يعمل متعلقا بما قبله لانتفاء الضرورة هذا خلاصة ما ذكرناهنا في جملة الشروح والكافي . أقول : فيه شيء ، وهو أنهم اتفقوا هل أن قول رب المال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة يرفع تعمل ويجزئه من تلك الألفاظ الستة التي تفيد التخصيص مع أنه يصح الابتداء بعمل مرفوعا على أن يعمل كلاما مستأنفا كما يصح الابتداء بالفظين اللذين حصروا فيما ما يصح الابتداء به في باب المضاربة وهما قوله واعمل به بالواو ، وقوله اعمل به بغير الواو ، فعل مقتضى الضابط المذكور ينبغي أن يكون قوله تعمل به في الكوفة بالرفع بما لا يفيد التخصيص أيضا فتأمل (قوله أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به في الكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها ، لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة) فإن قيل : لماذا لم يجعل الواو للحال كما في قوله أد إلى ألتا وأنت حر ؟ قلنا : لأنه غير صالح للحال

السكرت منه ، والله أعلم . قال (ومعنى التخصيص الخ) ذكر ألفاظا تدل على التخصيص : وتقرير كلامه : ومعنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا : أى بهذه الألفاظ ، والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل على التخصيص وما لا يدل ، وجملة ذلك ثمانية : ستة منها تفيد التخصيص واثنان منها تعتبر مشورة ، والضابط لتمييز ما يفيد التخصيص مما لا يفيد هو أن رب المال إذا أعقب لفظ المضاربة كلاما لا يصح الابتداء به ويصح متعلقا بما تقدم جعل متعلقا به لتلايفه ، وإذا أعقب ما يصح الابتداء به لم يعمل متعلقا بما تقدم لانتفاء الضرورة ، وعلى هذا إذا قال خذ هذا المال على أن تعمل كذا أو في مكان كذا ، أو قال خذ تعمل به في الكوفة يجوز ما مرفوعا ، وكلام المصنف يحتملها ، أو قال فاعمل به في الكوفة أو قال خذ بالنصف بالكوفة أو قال لتعمل بالكوفة ، ولم يذكره المصنف لأن قوله لتعمل به بالرفع يعطى معناه فقد أعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتداء به حيث لا يصح أن يبتدئ بقوله على أن تعمل كذا أو بقوله لتعمل بالكوفة أو بغيرها وهو واضح لكنه يصح جعله متعلقا بما تقدم ، فجعل قوله على أن تعمل شرطا والمقيد منه معتبر ، وهذا يفيد صيانة المال في المصر ، وقوله لتعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذ مضاربة ، وقوله فاعمل به في الكوفة في معناه لأن الفاء فيها للوصل والعقب والتصل المتعقب للحجم لتفسير له ، وكذا قوله خذ بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق ، ويقضى الإلصاق موجب كلامه وهو العمل

أقول : جملة كان صفة بشرن واسم كان ضمير راجع إليه ، وقوله نحن التسيوة خبر كان (قوله فجعل قوله على أن تعمل شرطا) أقول : شرطا مفعول ثان لجعل (قوله وتوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذ مضاربة) أقول : ويجوز أن يكون استئنافا بيانيا .

ولو قال على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لأنه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة ، بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة ، أو دفع في الصرف على أن يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز ، لأن فائدة الأول التقييد بالمكان ، وفائدة الثاني التقييد بالنوع ، وهذا هو المراد عرفاً لا فيها وراء ذلك . قال (وكذلك إن وقت للمضاربة وقتاً بعينه يظل العقد بمضيه) لأنه توكل فيتوكت بما وقته والتوقيت مفيد وأنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان . قال (وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على ربّ المال لقراءة أو غيرها) لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ، ولا يتحقق فيه لعنقه ولهذا لا يسئل في المضاربة شراء مالا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالمينة ، بخلاف البيع الفاسد لأنه يمكن بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود . قال (ولو فعل صار مشترياً لنفسه دون المضاربة) لأن الشراء متى وجد نفاذاً على المشتري نفذ عليه كالتوكيل بالشراء إذا خالف . قال (فإن كان في المال ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق عليه) لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب ربّ المال أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمنع التصرف فلا يحصل المقصود (وإن اشترى ضمن مال المضاربة) لأنه يصير مشترياً للعبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة

ها هنا لأن حال العمل لا يكون وقت الأخذ وإنما يكون العمل بعد الأخذ ، كما في النهاية وعامة الشروح . أقول : ينتقص هذا الجواب بما إذا قال خذ هذا المال تعمل به بالكوفة بالرفع فلنهم جعلوا قوله تعمل به بالكوفة مما يفيد التخفيض ، وقد صرح في النهاية ومراجع البراءة بأن قوله تعمل على إعرابين : بالرفع على الحال ، وبالخفض على جواب الأمر ، مع أن اللمة التي ذكرها

بالمال ملصقاً بالكوفة وهو أن يكون العمل فيها ، وإذا قال دفعت إليك هذا المال مضاربة بالنصف اعلم بالكوفة بغير أو أو به فقد أعقب ما يصح الابتداء به ، أما بغير الواو فواضح ، وأما بالواو فلا بد مما يجوز الابتداء به فاختير كلاماً مبتدأً فيجعل مشورة كأنه قال : إن فعلت كذا كان أنفع . فإن قيل : فلم لا يجعل الواو للحال كما في قوله " أد إلى ألفا وأنت حر ؟ " أعيب بعدم صلاحيته لذلك ها هنا ، لأن العمل إنما يكون بعد الأخذ لحال الأخذ ، ولو قال خذ مضاربة على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مفيداً لزيادة الثقة به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات قضاء واقتضاء ومناقشة في الحساب والفترة من الشبهات ، بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على أن يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز ، لأن فائدة الأول : يعني من أهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة ، وإذا اشترى بها فقد وجد ذلك وإن كان من غير رجل كوفي . وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهو الصرف وإذا حصل ذلك لا يعتبر بغيره (قوله وهذا هو المراد عرفاً لا فيها وراء ذلك) يعني غير المكان في الأول ، والنوع في الثاني دليل على التقييد ، ويتضمن الجواب عما يقال إن ذلك عدول عن مقتضى اللفظ لأن مقتضى لفظ الأول أن يكون شراؤه من كوفي لامن غيره سواء كان بالكوفة أو بغيرها . وتقريره أن مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف ، والعرف في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة للمال وقد حصل ذلك بها ، ولما لم يخص المعاملة في الصرف لشخص بعينه مع تفاوت الأشخاص دلّ على أن المراد بنوع الصرف وقد حصل ذلك . وقوله (وكذلك إن وقت للمضاربة) معناه أن التوقيت بالزمان مفيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان ، والله أعلم . قال (وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على ربّ المال الخ) وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على ربّ المال لقراءة أو غيرها كالحقوق بعبه ، لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالتصرف مرة بعد أخرى ، وذلك لا يتحقق في شراء القريب لعنقه فالحق لا يتحقق فيه . وفي هذا إشارة إلى الفرق بين المضاربة والوكالة ، فإن التوكيل بشراء

(قوله وأما بالواو فلا بد مما يجوز الابتداء به) أقول : إذا كان الواو ملصقاً كما ذكره المصنف لا يجوز الابتداء به ، وإن لم يكن فلا يطابق للشرح المشروح فتأمل (قوله لأن العمل إنما يكون بعد الأخذ لحال الأخذ) أقول : وجله حالا مقترنة بخلاف الظاهر .

وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشترطهم لأنه لا مانع من التصرف، إذ لا شركة له فيه ليعتق عليه (فإن زادت قيمته بعد الشراء اعتق نصيبه منهم) الملكة بعض قريبه (ولم يضمن لرب المال شيئا) لأنه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكة الزيادة، لأن هذا شيء أثبت من طريق الحكم فصار كما إذا ورثه مع غيره (وسعى العبد في قيمة نصيبه منه لأنه احتسبت ماله عند فسخه فيه كما في الورثة). قال (فإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسة

في الجواب المزبور لعدم صلاحية قوله واعمل به بالكوفة للحال وهي كون العمل بعد الأخذ لا وقت الأخذ جارية بعينها في قوله تعمل به بالكوفة بالرغم فيلزم أن لا يصلح للحال أيضا، وإن قالوا هذا حال مقدرة كما في قوله تعالى - علقين رموسكم ومقصرين - يرد أن يقال لم يكن الأمر كذلك في قوله واعمل به بالكوفة فلا تنحصر مادة الإشكال بذلك الجواب. ثم أقول: الجواب التام عن أصل السؤال الحاسم مادة الإشكال أن يقال: إن قوله واعمل به بالكوفة جملة إنشائية، وقد تقرر في العلم العربية أن الحمل الإنشائية لاتصلح أن تقع حالا سواء كانت مع الواو أو بدونها، وهذا مع وضوحه جدا كيف خفي على الشراح حتى تركوه وتشتبوا بما يرد عليه الإشكال، والشارح المعنى قد اعترض على الجواب الذي ذكره عامة الشراح بعد أن ذكره أيضا بأنه لم لا يجوز أن يكون قوله واعمل به بالكوفة حالا متظرة كما في قوله تعالى - علقين رموسكم - ولم يزد على هذا شيئا فهو أيضا غلط عن عدم صلاحية الحمل الإنشائية لأن تقع حالا. ثم إن بعض الفضلاء تدارك ما أورده الشراح المعنى وقصد توجيه الجواب الذي ذكره العامة فقال: وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر فكأنه أيضا غلط عن عدم صلاحية

جهد مطلقا إن اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفا، وذلك لأن الربح المحتاج إلى تكرار التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل، وقد بقوله اشترى عبدا أبيه فاشترى من يعتق عليه كان مخالفا، ولهذا أي ولكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح لا بدخل في المضاربة شراء المالك بالقبض كالخمر والشراء بالميتة لانقضاء التصرف فيه وتحصيل الربح، بخلاف البيع الفاسد لأن بيعه بعد القبض يمكن فيتحقق المقصود، ولو فعل أي اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه دون المضاربة، لأن الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف، وقوله متى وجد نفاذا احتراز عن الصبي والعبد المحجورين فإن شراءهما يتوقف على إجازة الولي والمولى، ثم إن كان نقد الثمن من مال المضاربة يخير رب المال بين أن يسترد المقبوض من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين أن يضمن المضارب مثل ذلك لأنه قضى بمال المضاربة ديناه عليه، وأما شراء من يعتق على المضارب ففيه تفصيل: إما أن يكون في المال ربح أو لا، فإن كان لم يربح له أن يشترى لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال لانقضاء جواز بيعه لكونه مستعسى عند أي حينة أو يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف في تجرؤ الإعتاق فيفتح التصرف المقصود، وإن اشتراه ضمن مال المضاربة لأنه يصير مشتريا بالعبد لنفسه فيضمن إن كان نقد الثمن من المضاربة، وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشترطهم لانقضاء المانع من التصرف حيث لا شركة له، فإذا ازدادت قيمته بعد الشراء اعتق نصيبه منهم فملكه بعض قريبه، ولم يضمن لرب المال شيئا لأن ازدياد القيمة وملكه الزيادة: أي نصيبه من الربح أمر حكى لا صنع له في ذلك فصار كما إذا ورثه مع غيره، كأمارة اشترت ابن زوجها فأتت وتركت زوجا وأتت عن نصيب الزوج ولا يضمن لأبغها شيئا لعدم الصنع منه وسعى العبد في قيمة نصيب رب المال من العبد وهو رأس المال وحصة رب المال من الربح لأنه احتسبت مالية العبد عند العبد فيسعى العبد فيه كما في الوراثة. قال (فإن كان مع المضارب ألف بالنصف الخ) وإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسة والمدهي موسر، فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين، وإن شاء أعتقه ولا يضمن المضارب شيئا، وإنما قيد بقوله والمدهي موسر لئني شبهة هي أن الضمان إنما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان إعتاق في حق الولد، وضمان الإعتاق يختلف باليسار والإعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب

والمدعى موسى ، فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين ، وإن شاء أعنتق ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر حلا على فراش النكاح ، لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لأن كل واحد منهما : أحق الأم والولد مستحق برأس المال ، كمال المضاربة إذا صار أعيانا تاكل عين منها يساوى رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا ، فإذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفتت الدعوة السابقة ، بخلاف ما إذا أعنتق الولد ثم ازدادت القيمة . لأن ذلك إنشاء لعنتق ، فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحلوث الملك ، أما هذا فاختيار فجاز أن ينفذ عند حلوث الملك كما إذا أقر بحرية عبده ثم اشتراه . وإذا حصت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ، ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لأن عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع له فيه ، وهذا ضمان إعتاق فلا بد من التعدى ولم يوجد (وله أن يستسعى الغلام) لأنه احتسبت مالهته عنده ، وله أن يعتق لأن المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة ،

ذلك لأن يقع حالا (قوله والمدعى موسى) قال الشراح : وإنما قيد بقوله والمدعى موسى لنفي شبهة هي أن الضمان إنما هو بسبب دعوى المضارب وهو ضمان إعتاق في حق الولد ، وقيل الإعتاق يختلط باليسار والإحصار فكان الواجب أن يضمن المضارب إذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن اه كلامهم . أقول : لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن القيد المذكور لا يني الشبهة على التقرير المزبور بل يؤيدها ، سيما إذا جعل قولهم ومع ذلك لا يضمن من تمام الشبهة كما هو الظاهر من تقريرهم ، وإنما يني الشبهة على التقرير المزبور ما ذكره المصنف فيما ساقى بقوله ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد ، لأن عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع له فيه ، وهذا ضمان إعتاق فلا بد من التعدى ولم يوجد اه . فالظاهر في تقرير فائدة القيد المذكور أن يقال : وإنما قيد به تضيياعا على عدم اختصاص عدم وجوب الضمان على المضارب بحالة إحصاره ، لأنه إذا لم يجب الضمان عليه في حالة يساره فلأن لا يجب ذلك عليه في حالة إحصاره أولى ، بخلاف ما لو ذكر الكلام غير مقيد بذلك فإنه يحتمل

إذا كان موسرا ، ومع ذلك لا يضمن ، ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر لصدورها من أهلها في عملها حلا على الفراش بالنكاح بأن زوجها منه الباع ثم باعها منه فوطئها فطلقت منه لكنه : أى الادعاء لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح ، لأن كل واحد من الأم والغلام مستحق برأس المال ، كمال المضاربة إذا صار أعيانا كل واحد منها يساوى رأس المال ، كما لو اشترى بألف المضاربة عبيد كل واحد منهما يساوى ألفا فإنه لا يظهر الربح ، وإذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد . واعترض بوجهين : أحدهما أن الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فتبقى كذلك . وتعين أن يكون الولد كله رجما . والثاني أن المضارب إذا اشترى بألف المضاربة فرسين وكل واحد منهما يساوى ألفا فكان له ربهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح . وأجيب عن الأول بأن تعينها كان لعدم المزاحمة لأنهما رأس المال ، فإن رأس المال هو الدرهم وبعد الولد تحققت الزاحمة فذهب تعينها ولم يكن أحدهما أولى بذلك من الآخر فاشتغلا برأس المال . وعن الثاني بأن المراد بقوله أعيانا أجناس مختلفة ، والفرسان جنس واحد يقسمان جملة واحدة ، وإذا اعتبرا جملة حصل البعض رجما ، بخلاف العبيدين فلهما لا يقسمان جملة بل كل واحد يكون بينهما على حاله ليكون الوقيق أجناسا مختلفة عند أبي حنيفة قولوا واحدا ، وعندهما أيضا في رواية كتاب المضاربة : وإذا امتنع القسم لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مشغولا برأس المال ، فإذا زادت قيمة الغلام على مقدار رأس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لأن سببها كان موجودا وهو فراش النكاح ، إلا أنها لم تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك ، فإذا زال المانع صار نافذا ، بخلاف ما إذا أعنتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام ، لأن ذلك إنشاء لعنتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا ، وإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك لحديث الملك . وأما نحن فيه فاختيار فجاز أن ينفذ عند حلوثه كما إذا أقر بحرية عبده ثم اشتراه فإنه يعتق عليه .

ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين ، لأن الألف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار . ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعي نصف قيمة الأم لأن الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر أن إلجارية كلها ربح فيكون بينهما ، وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال القراض الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك ، فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت إلجارية أم ولده ويضمن نصيب رب المال لأن هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا ، بخلاف ضمان الولد على مأمور .

أن يكون معمولا على حالة إحصائه فقط (قوله ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار) قال في الكافي : فإن قيل : لماذا لا يجعل الأمر رأس المال وجميع الولد ربما ؟ قلنا : لأن ما يجب على الولد من السعاية من جنس رأس المال والأمة ليست من جنس رأس المال ، فكان تعيين الألف من السعاية لرأس المال أولى .هـ . وإفتى أنه في هذا السؤال وهذا الجواب عامة شراح هذا الكتاب . وقال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب المزبورين : وفيه نظر ، لأننا إذا جعلنا إلجارية رأس المال وقد عرفت بالاستيلاء وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال هـ . أقول : نظره ساقط جدا ، لأننا لو جعلنا إلجارية رأس المال لم تنطبق بالاستيلاء ، لأن من شرط كونها أم ولد للمضارب أن يكون المضارب مالكا لها . وعلى تقدير أن يجعل رأس المال تكون مملوكة لرب المال دون المضارب فلا يصير أم ولد للمضارب ولا تنطبق فلا يجب قيمتها على المضارب فلا تتحقق المجانسة ، وهذا مع ظهوره جدا كيف خفي على صاحب العناية ، فأورد النظر المزبور على الجواب الذي ارتضاه جمهور الثقات كصاحب الكافي وشرح الكتاب وغيرهم . ثم إن بعض الفضلاء قال في دفع النظر المزبور وجوابه : إن الاستسعاء مقدم ، لأن الولد أصل في الدعوة والحرية والأم تبعه ، وينبغي أن يكون مراد المجيب هذا هـ . أقول : الجواب الذي ذكره هذا القائل وإن كان بما يصلح أن يكون جوابا على أصل السؤال كما أشار إليه المصنف بقوله لأن الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر أن إلجارية كلها ربح فتكون بينهما هـ . إلا أنه لا يصلح أن يكون مراد المجيب بالجواب الذي هو محل النظر ، إذ لو كان مراده هذا لما ترك ذكره بالكلية وتثبت مناسبة المجانسة التي لا تدخل لها في تمشية هذا الجواب ، إذ التقدم في الاستسعاء والاستيفاء أمر مستقل في اقتضاء كون الألف المأخوذ من الولد رأس المال دون إلجارية . ونظر صاحب العناية على ذلك الجواب المبني على المجانسة فلا يدفعه هذا الجواب . وإنما الدافع القاطع له ما حققناه من قبل . ثم إن الشارح العيني بعد أن ذكر أصل السؤال والجواب المزبورين نقل عن الكافي ، وبعد أن ذكر نظر صاحب العناية على ذلك الجواب نقل عنه قال : قلت الولد زاحمها فترجح بسبب ظهور الربح من جهته هـ . أقول : لا يرى لهذا معنى مفيد ، فإن ظهور الربح من جهته لا يقتضي رجحان كون رأس المال هو الألف المأخوذ منه دون قيمة إلجارية ، بل الألف المناسب لظهور الربح من جهته أن يكون الألف المأخوذ منه أيضا من الربح تأمل توقف .

وإذا صحت الدعوة ونفذت ثبت النسب وحق الولد لقيام ملكه في بعضه ، ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيئا لأن عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف إليه ، لأن الحكم إذا ثبت بملذات وصفين يضاف إلى آخرهما وجودا . وأصله مسألة السفينة والقبح المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متصديا ، وضمان الإعتاق يعتمد ذلك ، وإن أنقضى الضمان بقي أحد الأمرين الآخرين من الاستسعاء والإعتاق ، فإن شاء استسعاء لاحتباس ماليته عند نفسه ، وإن شاء أعتق لكونه قابلا للعق ، فإن المستسعي كالمكاتب عند أبي حنيفة ، ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين ، لأن الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار . قيل لا يجعل إلجارية رأس المال والولد كله ربما ؟ وأجيب بأن ما يجب على الولد من السعاية من جنس رأس المال وإلجارية ليست من ذلك ، فكان تعيين الألف من السعاية لرأس المال أنسب للتجانس ،

(باب المضارب يضارب)

قال (وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح ، فإذا ربح ضمن الأول لرب المال) وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا عمل به ضمن ربح أولم يربح ، وهذا ظاهر الرواية . وقال زفر رحمه الله : يضمن بالدفع على أولم يعمل ، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لأن المملوك له الدفع على وجه الإيداع ، وهذا الدفع على وجه المضاربة . ولهما أن الدفع إيداع حقيقة ، وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله . ولأبي حنيفة

(باب المضارب يضارب)

لما ذكر حكم المضاربة الأول ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية ، إذ الثانية تلو الأولى أبداً فكلما بيان حكمها ، كلما في النهاية ومراجع الدراية وهو المختار عندى . وذكر فيهما وجه آخر أيضاً هو أن المضاربة مفردة ومضاربة المضارب مركبة والمركب يتلو المفرد أبداً . واختاره صاحب الفاتية والعناية . أقول : فيه تصف ، لأن مضاربة المضارب وإن كانت بعد مضاربة رب المال إلا أنها مفردة أيضاً غير مركبة من المضاربين قطعاً ، ألا ترى أن الثاني أبداً يتلو الأول ولكنه ليس بمركب من الأول

وفيه نظر ، لأننا إذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال ، ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعي نصف قيمة الأم ، لأن الألف المأخوذ من الولد لما استعق برأس المال لكونه مقدماً في الاستيفاء على الربح فظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما ، وقد تمك المدعي نصيب وبالمال منها يجعلها أم ولد بالدعوة السابقة فيضمن ، وضمان التملك لا يستلزم صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل ، كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره ورثة فإنه يضمن لشريكه نصيبه ، كالأخ تزوج بجارية فاستولدها فأت الزوج وترك الجارية ميراثاً بين الزوج وأخ آخر فللكما الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه ، بخلاف ضمان الولد فإنه ضمان إعتاق وهو إلتلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه . وقوله كما مر إشارة إلى قوله لأن عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما ولا يصنع له فيه ، ولم يذكر المصنف العقر وهو من المضاربة لأنه بدل المنافع فصار كالكسب .

(باب المضارب يضارب)

مضاربة المضارب مركبة ، فأنعزها من المفردة . اختلف العلماء في موجب الضمان على المضارب إذا دفع المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال ، فروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح ، فالمرجوب هو حصول الربح ، فإن ربح الثاني ضمن الأول لرب المال . وقال أبو يوسف ومحمد وهو ظاهر الرواية : إذا عمل به ضمن ربح أولم يربح ، ثم رجح أبو يوسف وقال : ضمن بالدفع ، وبه قال زفر لأن ما يملكه المضارب هو الدفع على سبيل الإيداع لعدم الإذن بغيره ، ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الإيداع فلا يملكه . ولهما أن دفعه إيداع حقيقة ، وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعى : أى موقوفاً إن حمل ضمن وإلا فلا . ولأبي حنيفة أن الدفع قبل العمل

(قوله وفيه نظر ، لأننا إذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء الخ) أقول : وجوابه أن الاستعماء مقدم لأن الولد أصل في الدعوة والحرية والأم تتبعه ، وينهى أن يكون مراد المذهب هذا .

(باب المضارب يضارب)

أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده إضباع ، والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما ، إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خططه بغيره ، وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة ، فإن كانت فاسدة لا يضمنه الأول ، وإن عمل الثاني لأنه أجبر فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به . ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني . وقيل ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع . وقيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع

ومن نفسه قطعا ، وإنما المركب منهما الاثنان : نعم إن مضاربة المضارب لما اقتضت المضاربة الأولى جاز أن يحصل من مجموعهما أمر مركب في العقل لكنه ليس بمدار الحكم في هذا الباب كما لا يخفى على ذوى الألباب (قوله وبعده إضباع) قال بعض الفضلاء فيه بحث ، والظاهر أن يقول توكيل كما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي اهـ . أقول : ليس الأمر كما فهمه ، فإن المحكوم عليه هاهنا بأنه إضباع وإنما هو الدفع لأعقد المضاربة : والذي ينافي الإضباع ويلائم التوكيل إنما هو عقد المضاربة لا الدفع نفسه . فإنه إنما يلائم الإيداع قبل العمل والإضباع بعده لا التوكيل ، لأن التوكيل تفويض التصرف لأجل الموكل إلى غيره ، وهذا المعنى لا يحصل من الدفع نفسه ، بخلاف عقد المضاربة كما لا يخفى . وأما ما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي فلم يحكم على الدفع نفسه بأنه توكيل فإنه قال فيه : ووجه المروى عن أبي حنيفة أن العقد المجرد لا يوجب الضمان ، ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لأجل التصرف لأنه إيداع وهو يملك ذلك ، ولا بالتصرف لأنه وكيل فيه على ما بينا من قبل اهـ . ولا يخفى أن المفهوم منها أن المضارب وكيل لأن الدفع نفسه توكيل ، ولا كلام في أن المضارب وكيل يحكم عقد المضاربة . وأما أنه وكيل يحكم الدفع فقط فلم يقل به أحد (قوله وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة) قال في النهاية ومراجع الدراية : أي الضمان عليهما عند الربح أو العمل على الاختلاف الذي ذكرنا فيما إذا كانت المضاربة صحيحة . وقال في العناية وشرح المعنى : أي وجوب الضمان على الأول أو عليهما بالربح أو العمل على ما ذكرنا إذا كانت المضاربة صحيحة . أقول : لا يستلزم أن يكون المشار إليه بهذا هاهنا وجوب الضمان عليهما ، أي على المضارب الأول والثاني ، بل كون المشار إليه به هنا هو الضمان على الأول متعين ، لأن المذكور في الكتاب هو ضمان الأول لا غير : ولم يمر من المصنف إلى الآن شيء يشعر بضمان الثاني أيضا ، فكيف يصح أن يجعل كلمة هذا هاهنا إشارة إلى الضمان عليهما ، وشأن اسم الإشارة أن يشار به إلى المحسوس المشاهد أو ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد على ما عرف في محله ، ووجوب الضمان على الثاني مما لم تنتم رايته قط إلى الآن فضلا عن أن يعمل بمنزلة المحسوس المشاهد ، على أن المصنف هاهنا بصدد بيان ما ذكر في الكتاب من ضمان الأول لرب المال ، وأما أن الثاني هل يضمن أيضا أم لا فيبينه بعد مفصلا

إيداع . وبعده إضباع ، والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما ، إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فصار خالفا لاشتراك الغير في ربح مال رب المال ، وفي ذلك إلتلاف فيوجب الضمان كما لو خططه بغيره ، وهذا أي وجوب الضمان على الأول أو عليهما بالربح أو العمل على ما ذكرنا إذا كانت المضاربة صحيحة ، وأطلق القول ليتناول كلا منهما فإن الأولى إذا كانت فاسدة أو الثانية أو كليهما جعلا لم يضمن الأول لأن الثاني أجبر فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة الموجبة للضمان . فإن قيل : إذا كانت الأولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية لأن مبتاها على الأولى فلا يستقيم التقسيم . أجيب بأن المراد يجوز الثانية حينئذ ما يكون جائزا بحسب الصورة بأن يكون المشروط للثاني من الربح مقدارا ما يجوز به المضاربة في الجملة بأن كان المشروط للأول نصف الربح وبماثلة والثاني نصفه (قوله ثم ذكر في الكتاب) يعني القدرory (يضمن الأول ولم يذكر الثاني وقيل) اختيارا منه لقول من قال من المشايخ (ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة . وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع ، ومنهم من يقول رب المال بالخيار بين تضمين الأول والثاني) في هذه المسئلة (بإجماع) أصحابنا

(قال المصنف : وبعده إضباع ، أقول : فيه بحث ، والظاهر أن يقول توكيل كما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي .

وهو المشهور ، وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده . ووجه الفرق له بين هذين مودع المودع أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول فلا يكون ضمانا ، أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضمانا . ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة بين الأول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرطاً لأنه ظهر أنه ملكه الضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لأعلى الوجه الذي رضى به فصار كما إذا دفع مال نفسه ، وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعقد لأنه عامل له كما في المودع ولأنه مغرور من جهته في ضمن العقد . وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطاً لأن قرار الضمان على الأول فكانه ضمنه ابتداء ، ويطيب الربح الثاني ولا يطيب للأعلى لأن الأسفل يستحقه بعمله ولا خيب في العمل ، والأعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خيب . قال (فإذا دفع رب المال مضاربة بالنصف وأذن له بأن يدفعه إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وبيع ، فإن كان رب المال قال له على أن مارزق الله فهو بيننا نصفان فرب المال النصف والمضارب الثاني الثلث والمضارب الأول السدس) لأن الدفع إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الأمر به من جهة المالك وزب المال شرط لنفسه نصف جميع مارزق الله تعالى فلم يبق للأول إلا النصف فينصرف تصرفه إلى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع الثاني فيكون له فلم يبق إلا السدس ، ويطيب لهما ذلك لأن فعل الثاني واقع للأول كن استوجر على خيالة ثوب بدرهم واستأجر غيره عليه بنصف

بقوله ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني الخ فهو هاهنا عمز له (قوله لأنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لأعلى الوجه الذي رضى به فصار كما إذا دفع مال نفسه) أقول : لقاتل أن يقول : هذا التعليل إنما يتمشى على قول زفر ، لأن تحقق مخالفة بالدفع إلى الغير إنما هو قول زفر . وعند أبي يوسف وعبد رحمهما الله تعالى لا تحقق مخالفة بالدفع ما لم يعمل . وعند أبي حنيفة رحمه الله لا تحقق بالدفع ولا بالعمل ما لم يربح وقد مر ذلك كله . ولا يخفى أن الأهم بالبيان

(و) هذا القول (هو المشهور) من المذهب (وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده) لكن لا بد من بيان فرق بين هذه المسئلة ومسئلة مودع المودع (ووجهه أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول فلا يضمن والمضارب الثاني يعمل فيه لمنفعة نفسه) من حيث شركته في الربح (فجاز أن يكون ضمانا . ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة) الثانية (لأنه ملكه بالضمان من وقت مخالفة بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما إذا دفع مال نفسه ، وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعقد) أى بسببه (لأنه عامل له) أى للمضارب الأول (كما في المودع) واعترض بأن كلامه متناقض لأنه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه ، وهاهنا قال لأنه عامل للمضارب الأول ، وأجيب باختلاف الجهة : يعنى أن المضارب الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره من حيث أنه في الابتداء مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع ، والظاهر من كلامه عدمه لأنه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عامل لنفسه ، ويجوز أن يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه فلا تناقض بينهما حينئذ ولأنه مغرور من جهته في ضمن العقد ، فإن الأول قد غره والثاني أعتمد قوله في ضمن عقد المضاربة والمغرور في ضمن العقد يرجع على الغار (وتصح المضاربة) الثانية (والربح بينهما على ما شرطاً ، لأن قرار الضمان على الأول فكانه ضمنه ابتداء ، ويطيب الربح الثاني ولا يطيب للأول لأن الثاني يستحقه بعمله ولا خيب فيه والأول يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خيب) لأنه ثابت من وجه دون وجه وسيله التصديق . قال (فإن دفع إليه رب المال مضاربة بالنصف الخ) هذه المسائل إلى آخرها ظاهرة لا يحتاج فيها إلى شرح ، وإنما قال يطيب لهما ذلك : أى للمضارب الأول والثاني الثلث والسدس لأن الأول وإن لم يعمل بنفسه شيئا فقد باشر العقدين ، ألا ترى أنه لو أبيع المالك مع غيره أو أبيع رب المال حتى ربح كان نصيب

(قوله واعترض ، إلى قوله : وأجيب باختلاف الجهة) أقول : كالمترى والمجيب هو الإتيان (قوله والظاهر من كلامه أنه) أقول : أى عدم التناقض (قوله ويجوز أن يكون للشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه) أقول : الظاهر أن اللام المنعطة .

فرم (وإن كان قال له على أن مازقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الأول ورب المال نصفان) لأنه فوّض إليه التصرف وجعل لنفسه نصف مازق الأول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما ، بخلاف الأول لأنه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا (ولو كان قال له فما ربحت من شيء فيني وبينك نصفان وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الأول ورب المال) لأن الأول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوّض إليه من جهة رب المال فيستحقه ، وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الأول ولم يربح إلا النصف فيكون بينهما (ولو كان قال له على أن مازق الله تعالى فلي نصفه ، أو قال فما كان من فضل فيني وبينك نصفان وقد دفع إلى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الأول) لأنه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فيصرف شرط الأول النصف للثاني إلى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الأول بغير شيء ، كمن استؤجر ليحيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليحيطه بمثل (وإن شرط للمضارب الثاني ثلث الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الأول للثاني سدس الربح في ماله) لأنه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم يتدفق في حقه لما فيه من الإبطال ، لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد بملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ، ولأنه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه ، وهو نظير من استؤجر لحياطة ثوب بدرهم فدفعه إلى من يحيطه بدرهم ونصف .

(ففصل)

(وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز)

والتعليل هاهنا قول أبي حنيفة لكونه المذكور في الكتاب ، ثم قوله ما لكونه ظاهر الرواية فلا ينبغي أن يساق التعليل على وجه يختص بقول زفر فليتأمل في التوجيه .

(ففصل)

(قوله وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) هذه من مسائل إجماع الصغير ، وقد تكلم الشراح في أمر التقييد بعبد رب المال فيما فقال صاحب النهاية : التقييد

المضارب من الربح طيباله وإن لم يعمل بنفسه ، وإنما قال غره في ضمن العقد لأن المغرور إذا لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما إذا قال الآخر هذا الطريق آمن فأسلكه ولم يكن آهنا فأسلكه فقطع عليه الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه .

(ففصل)

لمساكن للمضارب بعد إدخال عقد المضاربة أو رب المال حكم غير مذكور ذكره في فصل على حدة فقال (وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه على أن يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز) فقوله ولعبد رب المال

(فصل وإذا شرط المضارب)

(قال المصنف : ولنبه رب المال ثلث الربح) أقول : قال الكاكي : قيد بعبد رب المال لأن فيه خلاف بعض أصحاب الشافعي وبعض

لأن للعبد يدا معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له واشترط العمل إذن له، ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه، ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون له، وإذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم والتخليه بين المال والمضارب، بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على مامر، وإذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلث للمولى، لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين، وإن كان عليه دين فهو للفرماء. هذا إذا كان العاقد هو المولى، ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين لأن هذا اشتراط العمل على المالك، وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة لأن المولى بمنزلة الأجنبي عنده على ماعرف، والله أعلم.

بعد رب المال لا للشرط، فإن الحكم في عبد المضارب كذا أيضاً، ونقل عن اللخيرية والمعنى تفصيلاً يدل على ذلك. وقال صاحب معراج الدراية: التقيد بعد رب المال لا للشرط، فإن حكم عبد المضارب كذلك، وكذا لو شرط الأجنبي، وكذا كل من لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له. وقيل قيد بعد رب المال لأن فيه خلافاً لبعض أصحاب الشافعي وبعض أصحاب أحمد وفي غيره لا خلاف. وجه قول البعض إن يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى كلامه. ورد عليه بعض الفضلاء فيما ذكره بقيل حيث قال بعد نقل ذلك عنه: وفيه بحث، لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الأجنبي على أن يكون له الثلث انتهى. أقول: لا يفهم لهذا البحث وجه ورود على ذلك المنقول

في مقابلته شيثان: عبد المضارب، والأجنبي، وليس ذلك باحتراز عن الأول لأن حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز أن يكون احترازاً عن الثاني، فإنه إذا شرط ذلك للأجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعاً وصارت المضاربة مع الرجلين، وإن لم يشترط وعمل الأجنبي معه صحت المضاربة مع الأول والشرط باطل، ويعمل الثلث المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال، لأن الربيع إنما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بشئان العمل ولم يوجد من ذلك شيء. وقوله على أن يعمل العبد معه احتراز عما إذا لم يشترط ذلك فإن فيه تفصيلاً، إما أن يكون على العبد دين أو لا، فإن لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب أو عبد رب المال، لأنه لما تعلق تصحيح هذا الشرط في حق العبد بما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربيع في حقه جعلناه شرطاً في حق مولاه، لأن ما هو شرط للعبد شرط لمولاه إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين، فإن كان عبد المضارب فعلى قول أبي حنيفة لا يصح الشرط، والمشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لأنه تعلق تصحيح هذا الشرط للعبد وتعلق تصحيحه للمضارب، لأنه لا يملك كسب عبده عند أبي حنيفة إذا كان على العبد دين، وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به، وإن كان عبد رب المال فالمشروط لرب المال بلا خلاف، وأما إذا شرط أن يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب صريحاً فهو جائز على ما شرط سواء كان على العبد دين أو لم يكن (لأن للعبد يدا معتبرة لا سيما إذا كان مأذوناً له واشترط العمل إذن له، ولهذا) أي ولأن للعبد يدا معتبرة (لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه، ولهذا) أي ولكون اليد معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له (يجوز بيع المولى من عبده المأذون له) يعني إذا كان مديوناً على ماسيجيء (وإذا كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعاً من التسليم والتخليه بين المال والمضارب، بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على مامر، وإذا صحت المضاربة) والشرط (يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلث للمولى، لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين، وإذا كان عليه دين فهو للفرماء، هذا إذا كان العاقد هو المولى، ولو عقد المأذون له الثلث) ظاهر.

أصحاب أحمد. وجه قولهم إن يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى. وفيه بحث، لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الأجنبي على أن يكون له الثلث (قوله فيجوز أن يكون احترازاً عن الثاني) أقول: فيه تأمل (قوله فإنه إذا شرط ذلك للأجنبي) أقول: هذا أو خراً ابن المضارب أو زوج أو غيرهما.

(فصل في العزل والقسمة)

قال (وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكليل على ما تقدم ، وموت الموكل يبطل الوكالة ، وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل .

أصلا ، بل هذا يؤيد ذلك لأن قوله لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب الخ يصير بياناً لما قبل ، وفي غيره لا خلاف فلا مخالفة بين البحث ومورده فضلا عن المناقاة . ثم إن محصل ذلك المنقول أنه إذا كان في عبد رب المال خلاف لا في غيره كان ذكر عبد رب المال على الاحتياط والاهتمام دون ذكر غيره فلذلك قيد به ، وهذا مما لا يقدح فيه البحث المذكور أصلا كما لا يخفى على الفطن . وقال صاحب العناية : قوله ولعبد رب المال في مقابلته شيئا : عبد المضارب ، والأجنبي ، وليس ذلك باحتراز عن الأول لأن حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز أن يكون احترازا عن الثاني ، فإنه إذا شرط ذلك للأجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين ، وإن لم يشترط عمل الأجنبي معه صحمت المضاربة مع الأول والشرط باطل ، ويعمل الثلث المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال ، لأن الربح إنما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد من ذلك شيء انتهى كلامه . أقول : فيه بحث لأنه لا يكاد أن يحصل الاحتراز بقوله ولعبد رب المال عن الأجنبي أصلا : أي سواء شرط أن يعمل مع المضارب أو لم يشترط . أما إذا شرط ذلك فلأن حكم الأجنبي حينئذ عين حكم عبد رب المال حيث يصعب الشرط والمضاربة جميعا فكيف يتصور الاحتراز مع الاتحاد في الحكم . وأما إذا لم يشترط ذلك فلأنه وإن تغير الحكم حينئذ يبطل الشرط ، لكن السبب فيه عدم اشتراط العمل لا لكونه أجنبيا ، فالاحتراز عنه إنما يحصل بقوله على أن يعمل معه لا بقوله ولعبد رب المال ، ألا ترى أنه لو قال بطل قوله ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه وللأجنبي ثلث الربح على أن يعمل معه نخرج الأجنبي الذي لم يشترط له العمل مع المضارب من حكم المسئلة أيضا فلم يكن لقوله ولعبد رب المال مدخل في الاحتراز عنه أصلا . وقال صاحب الكفاية : التقيد بعبد رب المال مع أن الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم أن يد العبد يد للمولى فممتنع التخليه فقال هو جائز انتهى كلامه . أقول : هذا هو الحق خذني ، ولقد أشار إليه المصنف في تعليل المسئلة حيث قال لأن للعبد يدا معتبرة خصوصا إذا كان مأذونا له ، ثم قال : وإذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخليه بين رب المال والمضارب تأمل نقف ؛

(فصل في العزل والقسمة)

أي في عزل المضارب وقسمته والربح

لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح ذكر في هذا الفصل الحكم الذي يوجد بعد ذلك ، لأن عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح (قوله وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكليل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل) قال في العناية أخذا من النهاية :

(فصل في العزل والقسمة)

لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح آل الأمر إلى ذكر الحكم الذي يوجد بعده وهو عزل المضارب وقسمة مال المضاربة في هذا الفصل . قال (وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة الخ) إذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكليل على ما تقدم ، وموت الموكل تبطل الوكالة . ورد بأنه لو كان توكليل لما رجع المضارب على رب المال

(فصل في العزل والقسمة)

(وإن ارتدَّ ربّ المال عن الإسلام) والعباذ بالله (ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لأن الحقوق بمنزلة الموت؛ ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوته يتوقف تصرف مضاربه عند أي حقيقة رحمه الله لأنه يتصرف له فصار كتحصره بنفسه

وردَّ بأنه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى إذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئا كالوكيل إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فإنه يرجع به على الموكل، ثم لو هلك بعد ما أخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة أخرى، وبأنه لو كان توكيلا لانزول إذا هزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضا كما في الوكيل إذا علم به، وبأنه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربه إذا لحق رب المال بدار الحرب نرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل. والجواب عن ذلك كله سيأتي انتهى كلامه. يريد بالجواب الآتي عن الرد الأول ما يأتي في الكتاب قبيل فصل الاختلاف من بيان الفرق بين المضاربة والوكالة في المسئلة الأولى. وبالجواب الآتي عن الرد الثاني ما يأتي في الكتاب أيضا في هذا الفصل من بيان علة عدم انزول المضارب في المسئلة الثانية. وبالجواب الآتي عن الرد الثالث ما يأتي في الشروح في المسئلة الآتية المتصلة بما نحن فيه من بيان وجه المسئلة الثالثة. أقول: الذي يعلم مما ذكر في المواضع الثلاثة الآتية إنما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل الثلاث، وبذلك لا يحصل الجواب عن الرد "بالوجه الثلاثة المذكورة هاهنا لأن حاصله القدح في الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لأنه توكيل بأنه لو كان توكيلا لما خالف حكمه حكم التوكيل في المسائل الثلاث الزبورية، وبالفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل لا يظهر كون المضاربة توكيلا حتى يتدفع رد الدليل المذكور هاهنا بتلك المسائل، بل يظهر به خلاف ذلك فيؤكد الرد والإشكال. فإن قلت: المراد بما في الدليل المذكور أن المضاربة توكيل في بعض الأحكام دون جميعها فلا يقدح في اختلافهما في الوجوه الثلاثة المذكورة. قلت: فحينئذ لا يفيدها الدليل المدهى، إذ لا يلزم من كون المضاربة توكيلا في بعض الأحكام كونها توكيلا فيما نحن فيه فلا يتم التحريب. فإن قيل: المراد أنها توكيل في بعض الأحكام الذي من جلته ما نحن فيه. قلنا: فحينئذ لا يصلح ما ذكر في معرض الدليل لأن يكون دليلا أصلا لصيرورته أعني من المدهى ولا أهل من أن يصير مثل المدهى في المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تأمل (قوله وإن ارتدَّ رب المال عن الإسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) قال الشراح: هذا إذا لم يعد مسلما، أما إذا عاد مسلما قبل القضاء بلحاظه أو بعده فكان عقد المضاربة على ما كان أما قبل القضاء بلحاظه فلا يتم بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة. وأما بعد القضاء به فليمكان حتى المضارب كما لو كان مات حقيقة وعزاه جماعة منهم إلى المبسوط. أقول: فيه إشكال، أما أولا فلائذ لو مات حقيقة بطلت المضاربة قطعا كما مر في المسئلة المتقدمة آتفا كيف يصح قولهم كما لو مات حقيقة؟ اللهم إلا أن يقيده قولهم كما لو مات بمال كون المال عروضا فإن المضارب لا ينزل حينئذ كما سيأتي في الكتاب. وأما ثانيا فلائذ إن كانت علة بقاء عقد المضاربة على حاله فيها إذا عاد مسلما بعد القضاء بلحاظه هي مكان حتى المضارب كان ينبغي أن يبقى على حاله فيها إذا لم يعد أيضا بهذه العلة فليتامل. ثم أقول: الذي يظهر من

مرة بعد أخرى إذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئا، كالوكيل إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء له وهلك في يده بعده فإنه يرجع به على الموكل، ثم لو هلك بعد ما أخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة أخرى، وبأنه لو كان توكيلا لانزول إذا هزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضا كما في الوكيل إذا علم به، وبأنه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربه إذا لحق رب المال بدار الحرب نرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل، والجواب عن ذلك كله سيأتي. (وإن ارتدَّ رب المال عن الإسلام والعباذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة): يعني إذا لم يعد مسلما، أما إذا عاد مسلما قبل القضاء أو بعده

(توله ثم عاد مسلما كالوكيل) أقول: قال الإجماع: فإنه إذا رجع الموكل مسلما لامتداد الوكالة في ظاهر الرأية خلافا لما روى عن حماد، وقد صرح في باب عزل الوكيل.

(ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) لأن له عبارة صحيحة ، ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة . قال (فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز) لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه (وإن علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك) لأن حقه قد ثبت في الربح ، وإنما يظهر بالقسمة وهي تثبت على رأس المال ، وإنما ينقض بالبيع . قال (ثم لا يجوز أن يشتري بشئها شيئا آخر) لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل (فإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير وقد نصبت لم يميز له أن يتصرف فيها) لأنه ليس في أعمال عزله إبطال حقه في الربح فلا ضرورة : قال : وهذا الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال ، فإن لم يكن

تعليق المصنف هذه المسئلة ، وما ذكر في بعض المختبرات أن لا يكون فرق في بطلان المضاربة بين ما إذا لم يعد مسلما وبين ما إذا عاد مسلما بعد لحوقه بدار الحرب مرتدًا سبيا بعد القضاء بلحاقه . أما ظهور ذلك من تعليق المصنف هذه المسئلة فلأنه قال في تعليقه إياها لأن اللحق بمنزلة الموت عندنا ؛ ألا يرى أنه يقسم ماله بين ورثته ، ولا يخفى أن المضاربة لا تبقى بعد الموت على ما كانت بل تبطل بالموت قطعا كما مر ، فكذلك بما هو بمنزلة الموت . وأما ظهوره بما ذكر في بعض المختبرات فلأنه قال في البدائع : ولو ارتد رب المال فباع المضارب أو اشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة إن رجع إلى الإسلام بعد ذلك نفذ ذلك كله والتحق رده بالعدم في جميع أحكام المضاربة وصار كأنه لم يرتد أصلا ، وكذا إذا لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التي تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثا لورثته ، فإن مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة اهـ . ولا يخفى أن المفهوم من قوله ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب بطلان المضاربة لو عاد مسلما بعد أن يحكم بلحاقه بدار الحرب ، ومن قوله على الرواية التي تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته بطلانها ، ولو عاد قبل أن يحكم بلحاقه على الرواية التي لم تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته ، وأن الظاهر من إطلاق قوله فإن مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة بعد أن تعرض لعوده مسلما فيها سبق بطلانها بعد القضاء بلحاقه وإن عاد مسلما . وقال الإمام الإسيباني في شرح الكافي للحاكم الشهيد : ولو ارتد رب المال ثم قتل أو مات أو لحق بدار الحرب فإن القاضي يبيع البيع والشراء على المضارب والربح له وبضمنه رأس المال في قياس قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : هو على المضاربة بالولاية الأصلية فيتوقف ، ويبطل بالموت أو بالقضاء باللحق ، ولو لم يرفع الأمر إلى القاضي حتى عاد المرتد مسلما جاز جميع ذلك على المضاربة لأنه انتقضت رده قبل اتصال القضاء بها فبطل حكمها اهـ . ولا يخفى أن الظاهر من هذا أيضا أنه لو عاد مسلما بعد القضاء بلحقه بطلت المضاربة بالاتفاق (قوله ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) في معنى كلام المصنف هذا احتيالا عقليان : أحدهما أن يكون قوله هذا ناظر إلى قوله وإن ارتد

فكانت المضاربة كما كانت ، أما قبل القضاء فلأنه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة ، وأما بعده فلحق المضارب كما لو مات حقيقة ، وأما قبل لحوقه فيتوقف تصرف المضارب عند أبي حنيفة لأن المضارب يتصرف لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده ، فكذلك تصرف من يتصرف له . ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع وربح أو وضع ثم قتل على رده أو مات أو لحق بدار الحرب فإن جميع ما قبل من ذلك جائز ، والربح بينهما على ما شرطا لأن له عبارة صحيحة ، لأن محبتها بالأدمية والتمييز ولا خلل في ذلك ، والعبارة الصحيحة مبنى صحة الوكالة وتوقف تصرف المرتد لتعلق حق الوارث ، ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقه به فبقيت المضاربة ، خلا أن ما يلحقه في النعنة فيما باع واشترى يكون على رب المال في قول أبي حنيفة ، لأن حكم النعنة يتوقف برده ، لأنه لو لزمته لقص من ماله ولا تصرف له فيه ، فكان كالصبي المحجور إذا توكل عن غيره بالبيع والشراء . وفي قول أبي يوسف ومحمد حالته في التصرف بعد الردة كهي فيه قبلها فالنعنة عليه ويرجع على رب المال . قال (فإن عزل رب المال المضارب البغ)

بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بمجنس رأس المال استحسانا لأن الربيع لا يظهر إلا به وصار كالعروض ،

رب المال لحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد اللاحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها : أى هي غير باطلة . وثانيتها أن يكون قوله هذا ناظرا إلى قوله وقيل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أى حنيفة فيكون المعنى : ولو كان المضارب هو المرتد قبل لحوقه فالمضاربة على حالها : أى لا يتوقف تصرفه عند أى حنيفة أيضا بل يجوز جميع تصرفاته عندهم جميعا . وقد ذهب إلى المعنى الأول صدر الشريعة في شرح الوفاية حيث قال في شرح قول صاحب الوفاية : وتبطل بموت أحدهما ولحاق المالك مرتدا ، بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتدا حيث لا تبطل المضاربة لأن له عبارة صحيحة اهـ . واقتنى أثره من المتأخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب الإصلاح والإيضاح ، وهو الظاهر من نفس عبارة الوفاية أيضا حيث أضيف فيها الموت المبطل إلى أحدهما مطلقا واللاحق المبطل إلى المالك فقط ، فدللت على أن لحاق المضارب لا يبطل بناء على أن تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداها بالاتفاق كما نصوا عليه . أقول : ذلك المعنى ليس بصحيح عندي ، إذ قد تقرر في باب أحكام المرتدين أن المرتد إذا لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام . ولقد أفصح عنه المصنف في هذا الفصل أيضا حيث قال في تعليل بطلان المضاربة : إذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب لأن الحقوق بمنزلة الموت ، ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته اهـ . فإذا كان كذلك فأنى يمكن تصرف الميت حتى يصح تصرف المضارب على حاله بعد أن لحق بدار الحرب مرتدا ، على أن بطلان المضاربة إذا لحق المضارب بدار الحرب وقضى بلحاقه مصرح به في المعتررات . قال في البدائع : وإن مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لأن موته في الردة كونه قبل الردة ، وكذا إذا لحق بدار الحرب وقضى بلحاقه لأن ردة مع اللاحق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه اهـ . فالحق هو المعنى الثاني وهو مراد المصنف كما يرشد إليه قوله في تعليقه ، ولا توقف في ملك رب المال ، إذ لا يرب أن هذا القول للاحتراز عن التوقف في ملك رب المال عند أى حنيفة إذا كان هو المرتد ، والتوقف في ملكه عنده إنما يكون قبل اللاحق لابعده ، فلا بد أن يكون المراد هاهنا أيضا ما يكون قبل اللاحق لئلا يلغو هذا القول في التعليل ، ويشير إليه زيادة الشراح قيد في قولهم جميعا بعد قوله فالمضاربة على حالها حيث قالوا فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا ، إذ لا شك أن زيادة هذا القيد للإيماء إلى تحقق الخلاف بين أئمتنا فيما إذا كان رب المال هو المرتد ، ولا خلاف فيه بعد الحقوق ، وإنما الخلاف فيه قبل الحقوق حيث يتوقف تصرف مضاربه عند أى حنيفة ولا يتوقف عندهما بل ينقل ، فلا بد أن يكون المراد بالوفاة في بقاء المضاربة على حالها فيما إذا كان المضارب هو المرتد هو الوفاق فيه قبل الحقوق لتظهر فائدة ذلك القيد تدبر

إذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بزمه حتى لو اشترى وباع جاز تصرفه لأنه وكيل من جهته ، وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه ، وإذا علم بزمه والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمتنع العزل عن ذلك نقدا أو نسيئة حتى لو تناه عن البيع نسيئة لم يعمل بزمه لأن حقه قد ثبت في الربيع يقتضى صحة العقد ، والربح إنما يظهر بالقسمة والتقسمة تبنى على رأس المال بتمييزه ، ورأس المال إنما ينض : أى يتيسر ويحصل بالبيع ، ثم إذا باع شيئا لا يجوز أن يشتري بأشئ شيئا آخر ، لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل ، وإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير فقد نضت فلم يجوز له أن يتصرف فيها لأنه ليس في إعمال عزله إبطال حقه في الربيع لظهوره فلا ضرورة في ترك الأعمال . قال : هذا الذي ذكره إن كان من جنس رأس المال ، فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بمجنس رأس

(قال المصنف : وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها) أقول : التفسير في قوله ونحوها راجع إلى الموت على تأويل المنية ، ويجوز أن يرجع إلى بيع العروض على اكتساب التأنيث من المضاف إليه وفيه قس .

وعلى هذا موت رب المال ولحقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها . قال (وإذا افرقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون) لأنه بمنزلة الأجير والربح كالأجر له (وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) لأنه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على إيفاء متبرع به ،

(قوله وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها) وفي بعض النسخ : وعلى هذا موت رب المال ولحقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها ، فكلمة هذا في قوله وعلى هذا إشارة إلى قوله بالتمتع العزل من ذلك : يعني لا ينزل المضارب بالعزل الحكمي إذا كان المال عرضا بل يبيعها بعد العزل ، كما لا ينزل بالعزل القصدي في تلك الصورة لأن عدم عمل العزل فيها لثلا يلزم إبطال حق المضارب ، ولا تفاوت في ذلك بين ذنك العزلين . ثم إن ضمير الموث في قوله ونحوها راجع إلى العروض : أي ونحو العروض في حق البيع بأن كان رأس المال دراهم والتقد ذنانير أو على القلب . هذا مذهب إليه أكثر الشراح وهو المختار عندي . وأما صاحب غاية البيان فقال : وأراد بقوله ونحوها ما إذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات مرتدا ثم باع المضارب العروض جازي يبيع على المضارب لما قلنا . والضمير في ونحوها على هذا يرجع إلى موت رب المال على تأويل المنية فينبغي أن يقال برفع الواو . أقول : فيه نظر ، لأنه مع ابتناؤه على تأويل بعيد من حيث اللفظ مخجل من حيث المعنى ، أما على النسخة الثانية فظاهر ، لأن ما هو نحو الموت إنما هو الحقوق بدار الحرب مرتدا ، وقد ذكر هذا صريحا في تلك النسخة بقوله ولحقه بعد الردة فلم يبق بعد ذلك محل لأن يقال ونحو الموت . وأما على النسخة الأولى فلأنه قد أدرج الموت في بيان ما هو المراد بقوله ونحوها حيث قال وأراد بقوله ونحوها ما إذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات فيلزم أن يكون الموت نحو الموت وهو باطل . ثم قال صاحب الغاية : ويجوز أن يرجع إلى بيع العروض بأن يعطى للمضارب حكم الموث باعتبار إضافته إلى الموث كما في قوله . كما شرقت صدر الفتاة من الدم . فعلى هذا يقال بجر الواو . أقول : هذا أيضا مع كونه تصفا من حيث اللفظ ركيك من حيث المعنى ، لأنه يوجب أن يجوز للمضارب بعد موت رب المال تصرف آخر في مال المضاربة نحو تصرف بيع العروض وليس كذلك . ثم قال : ويجوز أن يرجع إلى العروض على معنى في بيع العروض وفي بيع نحو العروض ، كما إذا كان رأس المال دراهم والمال ذنانير أو على العكس ، لأنها نحو العروض في أن المضارب لا ينزل بموت رب المال اه كلامه . أقول : الآن حصص الحق . والعجب أنه جعل هذا أبعد الاحتمالات مع كونه أقربها لفظا ومعنى (قوله وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لأنه وكيل محض ، والمتبرع لا يجبر على إيفاء متبرع به) قال بعض الفضلاء : هذا منقوض بالكفيل فإنه متبرع ويجبر على إيفاء ما تبرع به فتأمل اه . أقول : هذا النقض مدفوع بأن المراد أن المتبرع الغير الملتزم لا يجبر على إيفاء متبرع به ، والكفيل ملتزم لأن يطلب بماعلى الغير على ما عرف في عمله فلا يرد النقض به ، وبعبارة أخرى أن المراد أن المتبرع لا يجبر على إيفاء متبرع به في العقود الغير اللازمة ، والكفالة عقد لازم على ما عرف أيضا في عمله فلا انتقاض . ولئن سلم إطلاق الكلام هاهنا فهو مجرى على موجب القياس والكفيل ضامن بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم والزعيم غارم على ما عرف في كتاب الكفالة ، فلا ضمير في خروجه ، إذ القياس ترك فيه بالنص وبقى على حاله فيا عدها فتأمل

المال استحسانا لأن الربح لا يظهر إلا به وصار كالعرض (قوله على هذا موت رب المال) يريد به أن العزل الحكمي كالقصدي في حق المضارب . ففي كل موضع لم يصح العزل القصدي لم يصح الحكمي ، لأن عدم عمل العزل لما فيه من إبطال حق المضارب ، ولا تفاوت في ذلك بين العزلين (وإذا افرقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الأجير وأجبره الربح ، وإن لم يربح لم يجبر على ذلك لأنه وكيل محض) حيثك والوكيل متبرع (والمتبرع

(قال المصنف : وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لأنه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على إيفاء متبرع به) أقول : هذا منقوض بالكفيل ، فإنه متبرع ويجبر على إيفاء متبرع به فتأمل ، ثم المضارب لا يجبر على الاقتضاء إذا لم يكن له ربح ويقال له وكل وعلى هذا سائر اللوالات .

(ويقال للموكل رب المال في الاقتضاء) لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد ، فلا بد من توحيده وتوكله كي لا يضيع حقه . وقال في الجامع الصغير : يقال له أجل مكان قوله وكل ، والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبيع والسمسار يجبران على التقاضي لهما يعملان بأجر عادة . قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال) لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التبع أولى كما يصرف الهلاك إلى الصغر في الزكاة (فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب) لأنه أمين (وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه أو كله ترادأ الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال) لأن قسمة الربح لاتصح قبل استيفاء رأس المال لأنه هو الأصل وهذا بناء عليه وتبع له ، فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لأنه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله (وإذا استوفى رأس المال ، فإن فضل شيء كان بينهما لأنه ربح وإن نقص فلا ضمان على المضارب) لما بينا (ولو اقتسم الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادأ الربح الأول) لأن المضاربة الأولى قد انتهت والثانية عقد جديد ، وهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الأول كما إذا دفع إليه مالا آخر .

(فصل فيما يفعله المضارب)

(فصل فيما يفعله المضارب)

قال في غاية البيان : وكان القياس أن لا يذكر الفصل هنا ، بل كان ينبغي أن تذكر المسائل المذكورة فيه في أول الكتاب لا يجبر على إيفاء ما تبرع به (فإن قيل : رد رأس المال على الوجه الذي قبضه واجب عليه ، وذلك لا يتم إلا بالقبض ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب . أجيب بأننا لانسلم أن الرد واجب ، وإنما الواجب عليه رفع يده كالمودع (فيقال له وكل رب المال في الاقتضاء) فإذا فعل ذلك فقد زالت يده ، ولا بد له من ذلك (لأن حقوق العقد ترجع إليه) فإن لم يوكل ببيع حق رب المال (وفي الجامع الصغير يقال له أجل مكان قوله وكل والمراد به الوكالة) فكان في الكلام استعارة ، ومجوزها معروف وهو اشتباها على النقل ، وإنما فسر به ذلك لأن أجل ربما يوهم أن رأس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك (وعلى هذا سائر الوكالات) يعني الوكيل إذا باع وانزل يقال له وكل الموكل بالاقتضاء (و) أما (البيع والسمسار) وهو الذي يعمل للغير يما أوشراء فلهما (يجبران على التقاضي لهما يعملان بالأجر عادة) وإذا وصل إليه أجره أجبر على تمام عمله واستجاره قلما يخلو من فساد ، لأنه إذا استوجر على شراء شيء فقد استوجر على ما لا يستقل به ، لأن الشراء لا يتم إلا بمساعدة البائع على بيعه وقد لا يساعده ، وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة . والأحسن في ذلك أن يأمر بالبيع والشراء ولم يشترط أجرا فيكون وكلا معينا له ، ثم إذا فرغ من عمله عرض بأجر المثل ، هكذا روى عن أبي يوسف ومحمد . قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الثلث) الأصل في هذا أن الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال إلى رب المال . قال النبي صلى الله عليه وسلم مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ويهمل حتى يسلم له رأس ماله فكلما المؤمن لا يسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه ، أو قال فرائضه ، ولأن رأس المال أصل والربح تبع ، ولا معتبر بالتبع قبل حصول الأصل ، فحق هلك منه شيء استكمل من التبع ، فإذا زاد الهلاك على الربح فلا ضمان عليه لأنه أمين ، وإن اقتسم ترادأ لأن القسمة تفيد ملكا موقوفا إن بقي ما أعد إلى رأس المال إلى وقت الفسخ كان ما أخذه كل منه ملكا له ، وإن هلك بطلت القسمة وتبين أن المقسوم رأس المال

(فصل فيما يفعله المضارب الثلث)

(فصل فيما يفعله المضارب)

قال (ويجوز للمضارب أن يبيع بالتقد والنسيئة لأن كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه إطلاق العقد إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه لأن له الأمر العام المعروف بين الناس ، ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب ، وليس له أن يشتري سفينة للركوب ، وله أن يستكرها اعتبارا لعادة التجار ، وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لأنه من صنيع التجار . ولو باع بالتقد ثم أخرج الثمن جاز بالإجماع ، أما عندهما فلا أن الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى ، إلا أن المضارب لا يضمن لأن له أن يقابل ثم يبيع نسيئة ، ولا كذلك الوكيل لأنه لا يملك ذلك . وأما عند أبي يوسف . فلا أنه يملك الإقالة ثم البيع بالنسيئة . بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الإقالة . ولو احتال بالتفن على الأيسر أو الأعسر جاز لأن الحوالة من عادة التجار ، بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الأنظر ، لأن تصرفه مقيد بشرط النظر ، والأصل أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع : نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ، ومن جملة التوكيل بالبيع والشراء للحاجة إليه والرهن والارتهان لأنه إيفاء واستيفاء والإجارة والاستئجار والإبداع والإبضاح والمسافرة على ما ذكرناه من قبل . ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قبل له العمل برأيك ، وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة ، وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره وخطط مال

عند قوله وإذا صحّت المضاربة مطلقا جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويضع ويودع ، إلا أنه ذكر الفصل هنا لزيادة الإفادة لأنه ذكرنا ما لم يذكر ثم انتهى . أقول : لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن ما ذكره بقوله إلا أنه ذكر الفصل هنا لزيادة الإفادة لأنه ذكرنا ما لم يذكر ثم انتهى شيئا في دفع ما ذكره أولا ، لأن زيادة الإفادة إنما تقتضي أن لا يقتصر على ما ذكرنا في أول الكتاب ، بل يذكر مجموع ما ذكر هنا وما ذكر ثم ، ولا تقتضي أن يذكر بعضها ثم وبعضها هنا في فصل على حدة فبقي مقتضى القياس الذي ذكره في أول كلامه على حاله تبصر . وقال في النهاية والمنة : ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب زيادة للإفادة وتنبيه على مقصودية أفعال المضارب بالإعادة انتهى . أقول : لا يريد على هذا التقرير ما يرد على ذلك ، ولكن فيه شيء آخر يجب حله وهو أن قوله وتنبيه على مقصودية أفعال المضارب بالإعادة ينافي في الظاهر قوله ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب ، لأن الإعادة تقتضي الذكر مرة أولى ، وقد قال أولا ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب ، وحل ذلك أن المراد بالإعادة إعادة جنس أفعال المضارب لإعادة جنسها ما ذكرناه ، وإعادة جنسها إنما تقتضي ذكر جنسها مرة أولى لا ذكر خصوص ما يعاد من جنسها

ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضاربة زيادة للإفادة وتنبيه على مقصودية أفعال المضاربة بالإعادة . قال (ويجوز للمضارب الخ) ما كان من صنيع التجار ينتأله إطلاق العقد فجاز أن يفعله المضارب وما لا فلا ، فجاز للمضارب أن يبيع بالتقد والنسيئة لأنه من ذلك ، إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه . قال في النهاية : بأن باع إلى عشر سنين لخروجه ميتة من صنيع التجار ، ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب . قيل هذا في مضارب خاص كالطعام مثلا ، وأما إذا لم يخص كان له شراء السفينة والدواب إذا اشترى طعاما يحمله عليها . وظاهر كلامه يدل على أن ذلك إذا كان للركوب لا يجوز ، وإذا كان للحمل فهو ساكت عنه ، وله أن يستكرها : أي السفينة والدواب مطلقا . اعتبارا لعادة التجار ، فإنه إذا اشترى طعاما لا يجد بدا من ذلك فهو من توابع التجارة في الطعام ، وله أن يأذن لعبد

(قوله أي السفينة والدواب مطلقا) أقول : أي سواء كان في نوع خاص أو مطلقا (قال المصنف) وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة) أقول : لإيضاح آخر لقوله لأن له الأمر العام المعروف مطلقا على قوله ولهذا كان له أن يشتري .

المضاربة بماله أو بمال غيره لأن رب المال رضى بشركته لا بشركة غيره، وهو أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التمييز، فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك. ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك إلا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة، وهو أن يشتري بالدرهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة وما أشبه ذلك لأنه يصير المال زائدا على ما اعتقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا يشغل فتمته بالدين، ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفائح لأنه نوع من الاستدانة، وكذا إعطاؤها لأنه إقراض والعق بمال وبغير مال والكتابة لأنه ليس بتجارة والإقراض والمبة والصدقة لأنه تبرع محض. قال (ولا يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) وعن أبي يوسف أنه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب، ألا ترى أنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة. ولما أنه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والإعتاق على مال فإنه اكتساب، ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذلك هذا. قال (فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة)

فلا منافاة تأمل (قوله لأن رب المال رضى بشركته لا بشركة غيره الخ) أقول : فيه شيء، وهو أن هذا الدليل قاصر عن إفادة تمام المدعى، إذ لا يجرى في صورة خلط مال المضاربة بماله وهي داخلة أيضا في المدعى كما ترى (قوله فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة) قال صاحب العناية : وكلام المصنف يوم اختصاص الإضباع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة، وليس كذلك فإن الدليل لم يفصل بين كونه بعضا أو كلا، وبه صرح في الأخيرة والمبسط انتهى. أقول : الظاهر في بيان إيهام كلام المصنف اختصاص الإضباع ببعض المال أن يقال حيث

المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لكونه من صنيعهم. وقيد بالمشهورة لأن ابن رستم روى عن محمد أنه لا يملك الإذن في التجارة لأنه بمنزلة الدفع مضاربة. والفرق بينهما أن المأذون لا يصير شريكا في الربح، ولو باع نقدا ثم أضر الفتن جاز بالإجماع. أما عند أبي حنيفة ومحمد فلا أن الوكيل يملك ذلك، فالمضارب أولى لمعوم ولايته لكونه شريكا في الربح أو معرضة ذلك، إلا أن الوكيل يضمن كما تقدم، والمضارب لا يضمن لأن له أن يقابل العقد ثم يبيع نسيئة لأنه من صنيع التجار، فجعل تأجيله بمنزلة الإقالة والبيع نسيئة، ولا كذلك الوكيل فإنه يضمن إذا أضر الفتن لأنه لا يملك الإقالة والبيع نسيئة بعد ما باع مرة لانتهاء وكالته. وأما عند أبي يوسف فلا أن المضارب يملك الإقالة والبيع نسيئة كما قاله، وإن كان الوكيل لا يملك ذلك. ولو قيل المضارب الحوالة جاز سواء كان أيسر من المشتري أو أحسن منه لما ذكرنا أنه لو أقال العقد مع الأول ثم باعه بمثله على المحتال عليه جاز، فكذلك قبل الحوالة ولأنه من صنيعهم، بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم فإن تصرفه نظري فلا بد وأن يكون المحتال عليه أيسر. ثم ذكر الأصل فيما يفعله المضارب بأنواعه الثلاثة، وهو ظاهر. ثم قال (ولا يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) لأن التزويج ليس بتجارة والعقد لا يتضمن إلا التوكيل بها (وجوز أبو يوسف تزويج الأمة لأنه جعله من الاكتساب) بلزوم المهر وسقوط النفقة. وإلحوا بانه ليس بتجارة وإن كان فيه كسب فصار كالإعتاق على مال لا يدخل تحت المضاربة، والله أعلم. قال (فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال الخ) فإن دفع إلى رب المال شيئا من مال المضاربة بضاعة فاشترى به رب المال وباع لم تبطل المضاربة، خلافاً لفرق فإن رب المال تصرف في ما نفسه بغير توكيل إذا لم يصرح به فيكون

(قوله إذا لم يصرح به) أقول : فيه بحث.

وقال زفر: تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلاً فيه فيصير مسترداً ولهذا لا تصح إذا شرط العمل عليه ابتداءً. ولنا أن التخليه فيه قد تمت وصار التصرف حقاً للمضارب فيصلح رب المال وكيلاً عنه في التصرف والإيضاح توكيل منه فلا يكون استرداداً، بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لأنه يمنع التخليه، وبخلاف ما إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح لأن المضاربة تنمقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مالاً هائناً، فلو جوزناه يؤدي إلى قلب الموضوع، وإذا لم تصح بقى عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الأولى. قال (وإذا عمل المضارب في المصّر

قال شيئاً من مال المضاربة، فإن منشأ الإيهام إنما هو مجموع قوله شيئاً من مال المضاربة لا قوله من مال المضاربة فقط بلحواز أن يراد بكلمة من البيان لا التبعيض، ألا ترى أنه لو قال فإن دفع ما أخذه من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة تعين البيان وأرتفع الإيهام كما لا يخفى على القطن، بخلاف ما إذا قال فإن دفع شيئاً من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فإنه قريب من التصريح ببعض المال كما لا يشبهه على ذى فطرة سليمة. وعن هذا قال صاحب النهاية: وهذا اللفظ كما ترى يقتضى أن يكون المدفوع إلى رب المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة. وأما صاحب الكافي فلما رأى لفظ المصنف موهماً للاختصاص بإيضاح بعض المال غيره فقال: فإن دفع المضارب مال المضاربة أو شيئاً منه إلى رب المال بضاعة واشترى رب المال وباع فهي مضاربة بالمحال انتهى (قوله وقال زفر: تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلاً فيه فيصير مسترداً، ولهذا لا تصح إذا شرط العمل عليه ابتداءً) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام. قال زفر: رب

مسترداً للمال، ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداءً. ولنا أن الواجب هو التخليه وقد تمت فصار التصرف حقاً للمضارب. وله أن يوكل ورب المال صالح لذلك، والإيضاح توكيل لأنه استعانة، ولما صح استعانة المضارب بالأجنبي فرب المال أولى لكونه أشفق على المال فلا يكون استرداداً، بخلاف شرط العمل عليه ابتداءً لأنه يمنع التخليه. فإن قيل: رب المال لا يصلح وكيلاً لأن الوكيل من يعمل في مال غيره ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في ماله. أجب بأن رب المال بعد التخليه صار كالأجنبي عن المال فجاز توكله. فإن قيل: لو كان كذلك تصبح المضاربة مع رب المال. أجب بقوله (وبخلاف ما إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح لأن المضاربة تنمقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هائناً، فلو جوزناه لأدّى إلى قلب الموضوع) ولقائل أن يقول: رب المال إما أن يصير بالتخليه كالأجنبي أو لا، فإن كان الأول جازت المضاربة، وإن كان الثاني لم يجز الإيضاح، فالقياس جهول الجواز وعدمه. والجواب أنه صار كالأجنبي. قوله جازت المضاربة، قلنا: ممنوع لأن المضاربة تقتضى المال للدفع وليس بموجود، بخلاف البضاعة فلها توكيل على ما مر وليس المال من لوازمه، فإن الوكيل قد يجوز أن يوكل وليس المال له (وإذا لم تصح) المضاربة الثانية (بقى عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الأولى) وكلام المصنف يوم اختصاص الإيضاح ببعض المال حيث قال شيئاً من مال المضاربة، وليس كذلك فإن الدليل لم يفصل بين كونه بعضاً أو كلياً وبه صرح في النخبة والبسوط، وقيد بدفع المضاربة لأن رب المال إذا أخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغيره أمر وباع واشترى، فإن كان رأس المال نقداً فقد نقض المضاربة، إذ الاستعانة من المضارب لم توجد حيث لا دفع منه فكانت رب المال عاملاً لنفسه، ومن ضرورة ذلك انتقاض المضاربة، وإن صار رأس المال عرضاً لا يكون نقضاً لأن النقض الصريح إذا كان رأس المال عرضاً لم يعمل فيها فهذا أولى. قال (وإذا عمل المضارب في المصّر الخ) فرق بين حال الحضر والسفر في وجوب الثقة في مال المضاربة بما ذكر من الاحتباس

(قوله فإن الوكيل قد يجوز أن يوكل) نقول: وكله يجوز للمضارب أن يضارب.

فليست نفقته في المال ، وإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه (ومعناه شراء وكرام في المال . ووجه الفرق أن النفقة تجب بإزاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة ، والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الأصل ، وإذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه ، وهذا بخلاف الأجير لأنه يستحق البدل لاعالة فلا يتضرر بالإتفاق من ماله ، أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد ، فلو أنفق من ماله يتضرر به ، وبخلاف المضاربة الفاسدة لأنه أجير ، وبخلاف البضاعة لأنه متبرع . قال (فإن بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره ردّه في المضاربة) لانتهاء الاستحقاق ، ولو كان خروجه دون السفر فإن كان بحيث يغدو ثم يروح فبييت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصر ، وإن كان بحيث لا يبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة لأن خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف إلى الحاجة الراتبية وهو ما ذكرنا ، ومن ذلك غسل ثيابه وأجرة أجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج إليه عادة كالخيزان . وإنما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل لأن جاوزه اعتبارا للمتعارف بين التجار . قال (وأما الدواء ففي ماله) في ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يدخل في النفقة لأنه لإصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة إلا به فصار كالنفقة . وجه الظاهر أن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع وإلى البواء بعراض المرض ، ولها كانت نفقة المرأة على

المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل إذا لم يصرح به فيكون مستردا للمال ولها لا يصلح اشتراط العمل عليه ابتداء . أقول : هذا الشرح لا يطابق المشروع ، فإن الظاهر منه أن علة فساد المضاربة عند زفر في مسئلتنا هذه كون تصرف رب المال في مال نفسه بغير توكيل بناء على عدم تصريح المضارب بالتوكيل فيفهم منه أن المضارب لو صرح بالتوكيل تصح المضاربة عنده أيضا في هذه المسئلة وليس كذلك ، والظاهر من المشروع أن علة ذلك عنده كون رب المال متصرفا في مال نفسه غير صالح لأن يكون وكيلًا فيه بناء على أن المرء لا يصلح وكيلًا لغيره فيما يعمل في ملك نفسه ، ولقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال : قال زفر : تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلًا فيه ، فإن المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح

في السفر دون الحضر وذلك واضح . والقياس أن لا يستوجب النفقة في مال المضاربة ولا على رب المال لأنه بمنزلة الوكيل . والمستبضع عامل لغيره بأمره ، أو بمنزلة الأجير لما شرط لنفسه من الربح ، ولا يستحق أحد هؤلاء النفقة في المال الذي يعمل به ، إلا أنا تركناه فيما إذا سافر بالمال لأجل العرف وفرقنا بينه وبين المستبضع بأنه متبرع بعمله لغيره وبين الأجير بأنه عامل له يبدل مضمون في ذمة المستأجر ، وذلك يحصل له بيقين فلا يتضرر بالإتفاق من ماله ، أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد قد يحصل وقد لا يحصل ، فلو أنفق من ماله يتضرر به ، وحكم المضاربة الفاسدة حكم الإجارة ، وإذا أخذ شيئًا للنفقة وهو مسافر فقدم وبقي معه شيء منه ردّه في المضاربة لانتهاء الاستحقاق كالحج عن الغير إذا فضل معه شيء من النفقة بعد الرجوع ، وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما إذا كان بحيث يغدو ثم يروح فبييت بأهله ، فإن كان كذلك فهو بمنزلة السوقي ، وإن لم يكن فنفقته في مال المضاربة لأن خروجه إذ ذاك لها والنفقة ما تصرف إلى الحاجة الراتبية كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شراء أو كرامه كل ذلك بالمعروف . والحق بذلك ما كان من معدات تكثر تمييز المال كغسل الثياب وأجرة الحمام والحامد والحلاق وعلف الدابة والدهن في موضع يحتاج فيه إليه كالخيزان ، فإن الشخص إذا كان طويل الشعر وسخ الثياب ماشيا في حوائجه يمد من الصبائلك ويقل معاملوه فصار ما به تكثر الرغبات في المعاملة معه من جملة

(قوله وجعل الحد الفاصل ، إلى قوله : بمنزلة السوقي) أقول : فيه بحث (قوله ما فيها في حوائجه) أقول : أي بنفسه .

الزوج ودواؤها في مالها . قال (وإذا ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس المال ، فإن باع المتاع مرا بحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما أنفق على نفسه) لأن العرف جار يلحاق الأول دون الثاني ، ولأن الأول يوجب زيادة في المألة بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها . قال (فإن كان معه ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) لأنه استئذنة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على مأمور (وإن صبغها أحر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) لأنه عين مال قائم به حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الأبيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لأنه ليس بعين مال قائم به ، ولهذا إذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيغ إذا صبغ المغمصوب ، وإذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه .

وكيلا لغيره فصار مستردا انتهى (قوله فإن كان معه ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) قال صاحب العناية : وإنما ذكرها بعد ما مر تمهيدا لقوله وإن صبغها أحر فهو شريك بما زاد الصبغ . أقول : هذا الكلام منه ليس بشيء ، لأنه إن أراد أن هذه المسئلة مرت بعينها وخصوصها فليس كذلك قطعا ، وإن أراد أنها مرت في ضمن الأصل المذكور فيها مرحلت اندرجت تحت النوع الثالث من ذلك الأصل فهو مسلم ، ولكن المسئلة الثانية أيضا مرت بهذا المعنى حيث اندرجت تحت النوع الثاني من ذلك الأصل فلا وجه لحمل الأول تمهيدا للثانية مع الاشتراك في المرور بالمعنى الزبور ، بل لم تكن مسألة من مسائل ما يفعله المضارب بخارجة من أسد أنواع ذلك الأصل فيلزم التكرار في كل واحدة منهما على ما زعمه . فالحق أن كل واحدة من هاتين المسائلين مقصورة بالبيان هاهنا من حيث خصوصيتهما كسائر المسائل ، ولا ينافيه اندراجهما تحت أصل كل ماز . كيف وتفرع القروع على الأصول من هذا القبيل مع أنه المسلك المعتاد في عامة المواقع (قوله وإذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه) قال في العناية : فإن قيل : المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب أن يضمن كالمغاصب بلا تفاوت بينهما . أجيب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط ، وبالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن . وقال : وبهذا اندفع ما قيل المضارب إما أن يكون مأذونا بهذا الفعل أو غير مأذون ، فإن كان مأذونا وقع على المضاربة وإن لم يكن ضمن المضارب كالمغاصب لما تبين أنه يخرج من كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لأنه استئذنة على المالك وليس له ولاية ذلك اه كلامه . أقول : في آخر كلامه اضطراب ، لأن الظاهر من تعليل اندفاع ما قيل بقوله لما تبين أنه خرج عن

التفقة ، والدواء يدخل في ذلك في غير ظاهر الرواية لأنه لإصلاح البدن . ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب . قال (وإذا ربح أخذ رب المال الخ) يريد أن المضارب إذا أنفق من مال المضاربة فربح يأخذ رب المال رأس ماله كاملا فتكون التفقة مصروفة إلى الربح دون رأس المال ، فإذا استوفاه كان ما بقى بينهما على ماسرطا ، فإن باع المضارب المتاع بعد ما أنفق مرا بحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه كأجرة السمسار والصبغ والقصار ، ولا يحسب ما أنفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين ، فإن كان مع المضارب ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لأنه استئذنة على رب المال ، وهذا المقال لا ينتظمه كما مر ، وإنما ذكرها بعد ما مر تمهيدا لقوله وإن صبغها أحر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ، وسائر الألوان كالخمرة إلا للسواد عند أبي حنيفة ، لأن الصبغ عين قائم بالثوب فكان شريكا بخلط ماله بمال المضاربة . وقوله اعمل برأيك ينتظمه ، فإذا بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ يقسم من الثوب بمصوغا على

(قوله وسائر الألوان كالخمرة) أقول : قوله وسائر مبتدأ وقوله كالخمرة خبره (قوله لأن الصبغ عين قائم الخ) أقول : تعليل لقوله فهو

(فصل آخر)

قال (فإن كان معه ألف بالنصف فاشتري بها برًا فباعه بألفين ثم اشترى بالألفين عبدا فلم ينقدهما حتى

كونه غاصبا أنه اختار كونه غير مأذون لأن كونه غاصبا إنما جعل فيها قبل فرعا لكونه غير مأذون، فتعليل اندفاع ذلك بتبين أنه خرج عن كونه غاصبا يقتضي اختيار كونه غير مأذون فحينئذ لم يمتنع لي ذكر قوله لكنه لم يقع على المضاربة البع، لأن وقوعه على المضاربة إنما جعل فيها قبل فرعا لكونه مأذونا، فإذا اختار كونه غير مأذون كان استدراك عدم وقوعه على المضاربة مستدركا، فإن قلت: مراده أن لفعل المضارب هاهنا وهو صبهما أحرجهتين مختلفتين أولاها خلط مال المضاربة بماله نفسه، وثانيتهما الاستدانة على المالك، وأن المضارب مأذون بهذا الفعل وغير مأذون باختيار تينك البهجتين المختلفتين كما ذكره صاحب النهاية وفصله بما لا مزيد عليه. قلت: مع عدم مساعدة آخر كلام هذا الشارح ولا أوله الذي أشار إليه بقوله وبهذا اندفع لذلك التوجيه الذي ذكره صاحب النهاية وفصله ليس ذلك بتمام في نفسه، إذ لا يرى وجه يقتضي أن يكون لفعل المضارب هذا جهة الاستدانة على المالك، على أن البهجتين المذكورتين متضادتان لا يمكن اجتماعهما في فعل واحد حتى يصير المضارب باعتبارهما مأذونا في فعله هذا أو غير مأذون. ثم أقول: الصواب عندى في دفع ما قيل المضارب إما أن يكون بهذا الفعل مأذونا أو غير مأذون البع أن يختار كونه مأذونا به بقوله اعمل برأيك ويمتنع وقوعه على المضاربة حينئذ، إذ الإذن المذكور ليس بمقتصور على أن يتصرف المضارب في مال المضاربة وحده، بل يعم التصرف في مال المضاربة مفردا أو منضمما إلى غيره مما له جهة في التمييز كخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره على ما تقرر في بيان النوع الثاني من الأصول المار ذكره، وقد أشار إليه المصنف هاهنا بقوله وإذا صار شريكا بالصبيغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه تدبير.

(فصل آخر)

قيمته مصبوغا وغير مصبوغ فها بينهما حصة الصبيغ إن باعه مساومة، وإن باعه مراجعة قسم الثمن هذا على التمن الذي اشترى المضارب الثوب به، وعلى قيمة الصبيغ فها بينهما حصة الصبيغ والباقي على المضاربة، بخلاف القصاراة بفتح القاف والحمل فإنه ليس بعين مال قائم بالثوب ولم يزد به شيء، ولهذا إذا فعله الغاصب فازداد القيمة به ضما فله وكان للمالك أن يأخذ ثوبه مجانا، وإذا صبيغ المصبوب لم يضع بل يتخير رب الثوب بين أن يعطى ما زاد الصبيغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وبين أن يضمنه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبه وترك الثوب عليه، وإذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون أقل حالا منه. فإن قيل: المضارب لما لم يكن له ولاية الصبيغ كان به عافيا غاصبا فيجب أن يضمن كالفاسد بلا تفاوت بينهما. أجب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط والصبيغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن، وبهذا اندفع ما قيل المضارب إما أن يكون مأذونا بهذا الفعل أو غير مأذون فإن كان مأذونا وقع على المضاربة، وإن لم يكن ضمن المضارب كالفاسد لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لأن فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك.

(فصل آخر)

هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فذكرها في فصل على حدة. قال (فإن كان معه ألف) ما ذكره المصنف واضح،

شريك البع (قوله لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا) أقول: هذا ناظر إلى قوله وبهذا اندفع ما قيل المضارب البع.

(فصل آخر)

ضاعا يغرم رب المال ألفا وخمسة والمضارب خمسة ويكون ربح العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة) قال : هذا الذى ذكره حاصلى الجواب ، لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقد ، إلا أن له حق الرجوع على رب المال بألف وخمسة على ما نيين فيكون عليه فى الأخيرة . ووجهه أنه لما نص المال ظهر الربح وله منه وهو خمسة ، فإذا اشترى بالألفين عبدا صار مشترىا ربحه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين ، وإذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن لما بيناه ، وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربح من المضاربة لأنه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافات ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه ليس فيه ما ينافى المضاربة (ويكون رأس المال ألفين وخمسة) لأنه دفع مرة ألفا ومرة ألفا وخمسة (ولا يبيعه مريحة إلا على ألفين) لأنه اشتراه بألفين ، ويظهر ذلك فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسة ربح بينهما . قال (وإن كان معه ألف فاشترى رب المال عبدا بخمسة وباعه إياه بألف فإنه يبيعه مريحة على خمسة) لأن هذا البيع مقضى بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وإن كان بيع ملكه بملكه إلا أن فيه شبهة العدم ، ومبنى المراجعة على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين ، ولو اشترى المضارب عبدا بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مريحة بألف ومائة لأنه اعتبر علما فى حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر فى البيوع . قال (فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة أرباع القداء على رب المال وربعه على المضارب) لأن القداء مؤنة الملك فيقتدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعا ، لأنه لما صار المال عينا

لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها فى فصل على حدة ، ولما لم تكن من نفس مسائل المضاربة التى لا بد منها ومبناه على أصل وهو على أن ضمان رب المال للبائع بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لها ، فالمضمون على المضاربة بالربح بينهما على ما شرطنا ، وضمان المضارب للبائع بسبب هلاكه مانع عنها . وتحقيقه ما ذكره فخر الإسلام رحمه الله فى رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها بزاغها مضاربة ، فإذا باعه بألفين ظهرت حصة المضارب وهى خمسة ، فإذا اشترى جارية بألفين وقع ربحها للمضارب لأن ربح الثمن له وثلاثة أرباعها لرب المال فإذا هلك الثمن صار غرم الربح على المضارب وهو خمسة والباقى على رب المال ، وإذا غرم المضارب ربح الثمن ملك ربح الجارية لا محالة ، وإذا ملك ربحها خرج ذلك من المضاربة لأن مبنى المضاربة على أن المضارب أمين فيكون الضمان متافيا لها ، ولو أبقينا نصيبه على المضاربة لأبطلنا ما غرم لأنه لا يصلح أن يحمل ذلك رأس المال فيصير مضارباً لنفسه وهو لا يصلح . ثم لو باع الجارية بأربعة آلاف صار ربح الثمن للمضارب خاصة وذلك ألف وبقيت ثلاثة آلاف فذلك على المضاربة ، لأن ضمان رب المال يلازم المضاربة ولا يضيع ما يضمن بل يلحق برأس المال ، وإذا كان كذلك كان رأس المال فى ذلك ألفين وخمسة والخمسة ربح بينهما نصفين (قوله وإن كان معه ألف) معناه واضح ، وقوله (لتغاير المقاصد) لأن مقصود رب المال وصوله إلى الألف مع بقاء العقد ، ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد . وقوله (إلا أن فيه شبهة العدم) أى عدم الجواز ، لأنه لم يزل به عن ملك رب المال عبد كان فى ملكه ولم يستند به ألفا لم يكن فى ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة فى المراجعة فاعتبر أقل الثمنين وهو خمسة كتبوته من كل وجه والأكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر إلى أن بيع ماله بماله (قوله فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ) كان الدفع والقداء إليهما ، فإن دفعاه بطلت المضاربة هلاك مال المضاربة ، وإن قدياه (فثلاثة أرباع القداء على رب المال وربعه على المضارب ، لأن القداء مؤنة الملك فيقتدر بقدره وكان الملك بينهما أرباعا ، لأن رأس المال لما صار عينا

(قوله وشوله إلى الألف مع بقاء العقد) أقول : أى صدق للمضاربة .

واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله لأن قيمته ألفان . وإذا فديا خرج العبد عن المضاربة ، أما نصيب المضارب فلما بيناه ، وأما نصيب رب المال فللقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما أنه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهى بالقسمة ، بخلاف ما تقدم لأن جميع الثمن فيه على المضارب وإن كان له حق الرجوع فلا حاجة إلى القسمة ، ولأن العبد كالزائل عن ملكهما بالجنابة ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا لأعلى المضاربة ينجم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام ، بخلاف ما تقدم . قال (فإن كان معه ألف فاشترى بها عبدا فلم ينقلها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع إليه رب المال) لأن المال أمانة في يده ولا يصير مستوفيا ، والاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون وحكم الأمانة ينال به فيرجع مرة بعد أخرى ، بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة لأنه لا يمكن جعله مستوفيا ، لأن الوكالة تجامع الضمان كالتفويض إذا توكل ببيع المصنوب ،

للمضاربة أخر ذكرها (قوله بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة لأنه لا يمكن جعله مستوفيا ، لأن الوكالة تجامع الضمان كالتفويض إذا توكل ببيع المصنوب) يعني أن الفاضل إذا توكل ببيع المصنوب

واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما) ولما عتق الربح إن كان العبد قريه (وألف هو رأس المال) وقيد العين بالوحدة احترازاً عما إذا كان عيتين فإنه لا يظهر الربح لعدم الأولوية كما تقدم (فإذا فديا خرج العبد عن المضاربة ، أما نصيب المضارب فلما بيناه) أنه صار مضمونا عليه فلا يكون أمانة ومال المضاربة أمانة (وأما نصيب رب المال فللقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما فإنه يتضمن انقسام العبد بينهما) لاستخلاص كل منهما بالفداء ما يخصه (والمضاربة تنتهى بالقسمة بخلاف ما تقدم) يعني به ما إذا ضاع الألفان في المسئلة المتقدمة حيث لا تنتهى المضاربة هناك (لأن جميع الثمن فيه على المضارب) لكونه الماقد ، والدفع والفداء ليس بالبعد حتى يكون عليه . وقوله (ولأن العبد كالزائل) لأنه استحق بالجنابة والمستحق بها بمنزلة الهالك والمضاربة تنتهى بالهلاك (فدفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا خارجا عن المضاربة ينجم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم) يريد به ما تقدم في المسئلة المتقدمة ، وهى ما إذا ضاع الألفان فإن العبد فيها على المضاربة (فإن كان معه ألف فاشترى بها عبدا وهلك قبل التقد إلى البائع رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال جميع ما يدفعه لأن المال في يده أمانة) وقد هلك وقديق عليه الثمن ديناً وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين (و) بالقبض ثانيا (لا يصير) المضارب (مستوفيا لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون) وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو أمانة بينهما منفاة فلا يجمعان ، وإذا لم يكن مستوفيا كان له أن يرجع على رب المال مرة بعد أخرى إلى أن يسقط عنه الضمان بوصول الثمن إلى البائع (بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء) فإنه لا يرجع إلا مرة واحدة (لأنه لا يمكن أن يجعل مستوفيا لأن الوكالة تجامع الضمان كالتفويض إذا وكله المصنوب منه ببيع المصنوب) فإنه يصير وكيلاً ولا يرى عن الضمان بمجرد الوكالة ، حتى لو هلك المصنوب وجب الضمان ولم يعتبر أمينا فيه ، وفيه نظر لأن الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدد قد تقدم على قبض الأمانة فيجوز أن يعتبر أديماً ، وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لإثبات حكيم متفاني ، ولو غصب ألفا فضايرت المصنوب منه التفويض وجعل رأس المال المصنوب مكان كسورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه ، وعلى تقدير ثبوتها يحتاج إلى فرق دفعا للتحكم ، ولأن المطلوب كونه مستوفيا والدليل إمكان ذلك والإمكان لا يستلزم الرجوع . ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما ، وأما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل ، فإنه لو لم يعمل مستوفيا لبطل حق الموكل إذا رجع عليه بألف أخرى أصلا ، فأما ما هنا فحق رب

(قوله فإنه لو لم يعمل مستوفيا لبطل حق الموكل) أقول : يعني حقه في الألف المنفوع .

ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة ، وفيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه المال فهلك لأيرجع لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فحصل مستوفيا بالقبض بعده ، أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصير مستوفيا ، فإذا هلك رجع عليه مرة ثم لأيرجع لوقوع الاستيفاء على مامر .

يصير وكيل ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة ، حتى لو هلك المصوب وجب عليه الضمان ولم يعتبر أمينا . قال صاحب العناية بعد هذا البيان : وفيه نظر ، لأن الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدد قد تقدم على قبض الأمانة فيجوز أن يعتبر أجمعا ، وليس فيها نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ، ولا نسلم صلاحيته لإثبات حكيمن متنافيين . ثم قال : ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما ، وأما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل ، فإنه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل إذا رجع عليه بألف أخرى أصلا ، فأما هاتنا فتحق رب المال لا يضيع لأنه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح ، وحله على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا أهون الأمرين ، بخلاف الوكيل لأنه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري انتهى . أقول : في الجواب نظر . أما أولا فلأن قول المصنف لأنه أمكن جعله مستوفيا لأن الوكالة تجامع الضمان ، كالفناصب إذا توكل ببيع المصوب صريح في إثبات إمكان جعله مستوفيا بمجامعة الوكالة الضمان في صورة توكل الفناصب ببيع المصوب ، فكيف يمكن أن يقال : مقصوده مجرد دفع استحالة اجتماعهما . ولئن سلم ذلك فلا يندفع به النظر المذكور لأن حاصله أن السبب في صورة توكل الفناصب ببيع المصوب متعدد وفيما نحن فيه واحد فلا يلزم من إمكان اجتماعهما هناك إمكان اجتماعهما هاتنا . وأما ثانيا فلأن قوله وأما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل ليس بتمام ، لأن الضرر اللازم للموكل على تقدير أن يرجع عليه الوكيل بألف أخرى إنما هو الضرر الضروري الغير النافئ من صنع الوكيل إذ الكلام في إذا هلك الثمن المدفوع إلى الوكيل من غير تعدد منه ولا محذور شرعا في مثل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفيا لأجل دفع ذلك عنه فيجب عليه الضمان مع كون يده يد أمانة ، ألا ترى أن الوديعة إذا هلك في يد المودع من غير تعدد منه يلزم المودع مثل هذا الضرر مع أنه لا يجب على المودع الضمان لدفع ذلك عن المودع بلا ريب . وأما ثالثا فلأن قوله وأما هاتنا فتحق رب المال لا يضيع إلى قوله فاخترنا أهون الأمرين غير متمش في إذا هلك الألف والعبد معا ، إذ لا يبيح حينئذ شيء من رأس المال حتى يلحق المالك منه فيستوفيه رب المال من الربح ، والظاهر أن جواب المسئلة وهو دفع رب المال الثمن المالك ورجوع المضارب عليه مرة بعد أخرى جار في هذه الصورة أيضا بناء على الدليل المذكور في الكتاب . قال في النهاية ومراجع النهاية : ذكر الإمام المصنف ثلاثة أوجه في الفرق بين المضارب والوكيل : أحدها ما ذكر في الكتاب . والثاني أننا لو لم نحمل ما قبضه الوكيل على الاستيفاء لأبطلنا حق الموكل أصلا لأنه إذا رجع عليه بألف أخرى ضاع ذلك أصلا ، فأما هاتنا فتحق رب المال لا يضيع إذا حملنا على الأمانة لأنه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح ولو حمل على الاستيفاء يلحق المضارب ضرر فوجب اختيار أهون الأمرين . والثالث أن الوكيل لما اشترى فقد انزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده ، فأما المضارب فلا ينزل بالشراء ويصرف في كل مرة لرب المال فيرجع عليه في كل مرة انتهى . أقول : في كل واحد من تلك الأوجه الثلاثة نظر . أما في الأول فلما عرفته أنا ، وأما في الثاني والثالث فلأن كل واحد منهما يقتضي أن لأيرجع

المال لا يضيع لأنه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح ، وحله على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا أهون الأمرين ، بخلاف الوكيل لأنه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري . وقوله ولو غصب ألفا لم يثبت فيه رواية تجوز إلى الفرق بينهما . وقوله (ثم في الوكالة) للفرق بين ما إذا دفع المال ثم اشترى الوكيل ، وبين ما إذا اشترى ثم دفع فإنه يرجع في الأول ويصير به مستوفيا ، وفي الثاني لأيرجع أصلا وكلامه فيه واضح ، والله أعلم .

(قوله بخلاف الوكيل لأنه بمنزلة البائع) أقول : حيث يجري بينهما مبادلة حكمة كما تقدم .

(فصل في الاختلاف)

قال (وإن كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إلى ألفا وريحت ألفا وقال رب المال لأبل دفعت إليك ألفين فالقول قول المضارب) وكان أبو حنيفة يقول أولا القول قول رب المال وهو قول زفر ، لأن المضارب يدعى عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ، ثم رجع إلى ما ذكر في الكتاب لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضميما كان أو أمينا لأنه أعرف بمقدار المقبوض ، ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ، وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لأن البينات للإثبات (ومن كان معه ألف دهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال) لأن المضارب يدعى عليه 'تقوم عمله أو شرطا من جهته أو يدعى الشركة وهو ينكر ، ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب ،

الوكيل على الموكل في مرة أولى أيضا إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء مع أنهم صرحوا يرجوعه عليه في المرة الأولى في تلك الصورة . أما اقتضاء الثاني ذلك فلا إن يطال حق الموكل بتحقيق الرجوع في المرة الأولى أيضا لعل مذكرة . وأما اقتضاء الثالث إياه فلا إن انزال الوكيل عن الوكالة لما تحقق بالإشراء كان الرجوع بالملك بعد الاشتراء رجوعا بما حدث بعد زوال الأمانة بالانزال ولو كان في مرة أولى . وأيضا يرد على الوجه الثاني ما أوردناه ثانيا وثالثا على جواب صاحب العناية عن نظره تأمل تحق . ثم أقول : الحق عندى في الفرق بين المضارب والوكيل في مسئلتنا هذه أن يقال : قبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لأنه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فإنه بمنزلة البائع من الموكل حيث انعقد بينهما مبادلة حكيمة كما مر في كتاب الوكالة ، فإذا قبض الثمن بعد للشراء صار مستوفيا له فصار مضمونا عليه ، فإذا هلك بعد لم يكن له أن يرجع به على الموكل ولهذا لم يرجع عليه أصلا فيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه الثمن فهلك ولم يرجع عليه إلا مرة فيما إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء أمانة في يده وهلك بعد الشراء ، وقد أشار إليه المصنف بقوله لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده ، أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفيا ، فإذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر فتأمل .

(فصل في الاختلاف)

أى في الاختلاف بين رب المال والمضارب

أخبر هذا الفصل لأن الاختلاف في الرتبة بعد الاتفاق لأنه الأصل بين المسلمين (قوله ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب) قال صاحب العناية : وضاه مضاربا وإن اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضاربا في الأول ثم أقرضه اه . وقد سبقه إلى هذا التوجيه تاج الشريعة . أقول : تسمية حد المتخالفين مضاربا عند تحقق اتفاقهما على خلافه بمجرد احتمال أن يكون مضاربا في الأول مما لا يقبله فطرة سليمة جدا ،

(فصل في الاختلاف)

أخبر هذا الفصل عما قبله لأنه في الاختلاف وهو في الرتبة بعد الاتفاق لأنه الأصل بين المسلمين . قال (وإن كان مع المضارب ألفان الخ) اختلاف رب المال والمضارب إذا كان في مقدار رأس المال مثل أن يقول المضارب ومعه ألفان دفعت إلى ألفا وريحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول للمضارب ، وكان أبو حنيفة يقول أولا القول قول رب المال ، (٦١ - تكملة فتح القدير ج ٨ -)

لأن المضارب يدعى عليه التملك وهو ينكر . ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لأن الأصل فيه العموم والإطلاق ، والتخصيص بعارض الشرط ، بخلاف الوكالة لأن الأصل فيه الخصوص . ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لأيهما اتفقا على التخصيص ، والإذن

والأقرب عندي أنه سناه مضاربا للمشكلة بما ذكر في أخوات هذه المسئلة على طريقة قوله تعالى - تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك - وقول الشاعر :

قالوا اقترح شيئا نجد لك طبعه قلت اطبخوا لي جبة وقميصا

(قوله لأن المضارب يدعى عليه التملك) حل صاحب النهاية التملك في قول المصنف يدعى عليه التملك على تملك الربح حيث قال : هذا أي تملك الربح ، وملك صاحب العناية أيضا هذا المسلك حيث قال : لأن مدعى عليه تملك الربح . أقول : الظاهر أن مراد المصنف بالتملك هاهنا تملك أصل المال ، لأن دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وأما تملك الربح فأمر تابع لملك أصل المال في هذه الدعوى ، فحمل التملك هاهنا على تملك الربح لا يخلو عن قبح . أما أولا فلما أشرنا إليه من أن الأصل في دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وتملك الربح من فروع ذلك ، وحمل التملك في الدليل على تملك الربح بوجه خلاف الأصل . وأما ثانيا فلأن دعوى تملك الربح قد تنفك عن دعوى تملك أصل المال كما إذا ادعى المضاربة ، فإن المدعى هناك استحقاق الربح دون استحقاق أصل المال فادعاء مجرد تملك الربح لا يدل على تمام المدعى فيها نحن فيه ، على أن الشائع في الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون تملك الربح . وأما تملك الربح كما ذكره صاحب العناية في نفس صحتة أيضا إشكال يظهر ذلك

وهو قول زهر لأن المضارب يدعى للشركة وهو ينكر والقول قول المنكر ، ثم رجع وقال القول للمضارب ، لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضمينا كان كالفاسب أو أمينا كالودع لكنه أعرف بمقدار المقبوض ، وإذا كان في مقدار الربح مع ذلك : أي مع الاختلاف في رأس المال مثل أن يقول رب المال رأس المال ألفان والمشروط ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف والمشروط نصفه فالقول فيه : أي في الربح لرب المال : يعنى وفي رأس المال للمضارب كما كان ، أما في رأس المال فلما مر من الدليل ، وأما في الربح فلأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ، ولو أنكر أصل الشرط بأن قال كان المال بيده بضاعة كان القول له ، فكلا إذا أنكر الزيادة ، وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينة رب المال على ما ادعى من الفضل في رأس المال وبينه المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لأن البينات للإثبات ، وإذا كان في صفة رأس المال كما إذا قال من منه ألف درهم هي مضاربة لفلان بالنصف وقد رجحت ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال ، لأن المضارب يدعى عليه تقوم عمله بمقابلة الربح وشرطا من جهته بمقدار من الربح أو الشركة فيه وهو ينكر . ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هي بضاعة أو ودعة فالقول لرب المال وبينه للمضارب لأنه يدعى عليه تملك الربح وهو ينكر وسماه مضاربا وإن اتفقا على حمله لاحتمال أن يكون مضاربا في الأول ثم أقرضه ، ولو أقام البينة فالبينة للمضارب لأنها تثبت التملك ، ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لأنها تفاهما على الأغلب بالإذن ، وبالمال يدعى على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال وإن أقامها لأنها تثبت الضمان ، وإذا كان في العموم والخصوص ، فإن كان قبل التصرف فالقول لرب المال ، أما إذا أنكر الخصوص فظاهر لأن العموم هو الأصل كما يذكر ، وكلا إذا أنكر العموم لأنه يجعل إنكاره ذلك نهيا له عن العموم . وله أن ينتهي عنه قبل التصرف إذا ثبت منه العموم نصا فهاهنا أولى ، وإن كان بعده وبالمال يدعى العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا ، وإن كان المضارب يدعى فالقول قوله مع يمينه استحسانا لأن الأصل فيها العموم والتخصيص بالشرط بدليل أنه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك به جميع التجارات ، فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد إلا بالتخصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة ، وإذا كان كذلك كان مدعى العموم متمسكا بالأصل فكان القول له . ولو ادعى كل واحد

يستفاد من جهته ، والبيئة بينة المضارب لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البيئة ، ولو وقتت البيتان وقتا فصاحب الوقت الأخير أولى لأن آخر الشرطين ينقض الأول .

كله بالتأمل الصادق وتبني قواعد الفقه وأقوال الأئمة قوله والبيئة بينة المضارب لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البيئة) قال صاحب النهاية : ورب المال أيضا محتاج إلى إثبات ما ادعاه ليصل حقه إليه ، بل بيئة رب المال أقوى بالقبول لإثباتها أمرا عارضا وهو الضمان ، وشرعية البيئات لإثبات الأمر المعارض غير الظاهر كما في بيئة الخارج مع بيئة ذي اليد ، فكان هذا مما يتأمل في صحته وإن كانت رواية الإيضاح تساعد أيضا على كلامه . وقال صاحب العناية : قال المصنف : لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البيئة . واعترض عليه بأن البيئة للإثبات لا لنفي ، وبأن الآخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج إلى البيئة . وأجيب بأن إقامة البيئة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان . فأقام المصنف اللازم مقام الملزوم كتابة ، وبأن ما يدعيه من مخالفة وهو سبب الضمان ثابت بإقرار الآخر فلا يحتاج إلى بيئة إلى هنا كلامه . أقول : جوابه عن ثاني وجهي الاعتراض ليس بسديد ، لأن الثابت بإقرار الآخر إنما هو النوع الذي يدعيه الآخر لا مخالفته لإذن رب المال فإنه يدعي الموافقة له ، وسبب الضمان إنما هو مخالفة فلا يتم الضرب . والصواب في الجواب عنه أن يقال : عدم احتياج رب المال إلى البيئة في مسئلتنا هذه لأنه ليس بمدع شيئا ، بل لأن القول قوله لكون الإذن مستفادا من جهته كما تقرر فيما مر آنفا ، فكان ما يدعيه ثابتا بقوله فلم يمتنع إلى البيئة ، ولهذا التهمة قال المصنف : وعدم حاجة الآخر إلى البيئة ولم يقل وعدم قبول بيئة الآخر ، وبهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه صاحب النهاية في استشكل ما ذكره المصنف هاهنا فتدبر (قوله ولو وقتت البيتان وقتا فصاحب الوقت الأخير أولى) أقول : لقاتل أن يقول : هذا مناقض لما ذكره آنفا من أن البيئة بينة المضارب لجواز أن يكون صاحب الوقت الأخير رب المال . ويمكن التطبيق بأن يحمل ما ذكره أولا على عدم التوقيت . قال صاحب العناية بعد أن ذكر قول المصنف : ولو وقتت البيتان الخ وإن لم توفتا أو وقتتا على السواء أو وقتت إحداهما دون الأخرى فالبيئة لرب المال . أقول : يرد عليه أن هذا يناقض ما ذكره المصنف من أن البيئة بينة المضارب ، إذ لا يمكن أن يحمل هذا على التوقيت وذلك على عدم التوقيت كما ترى . ولقد أحسن صاحب النهاية في أسلوب التحرير هاهنا حيث لم يزد على قول المصنف ولو وقتت البيتان الخ شيئا من المسائل التي زادها عليه صاحب العناية بل تعرض لشرحه وتخليه فقط ، ولكن قال بعد ما استشكل قول المصنف فيما قبل والبيئة بينة المضارب الخ ، وأما صاحب النخبة رحمه الله وشكر مساهميه جعل حكم بيني المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والمعموم وفي دعواهما الخصوص واحدا ، وذكر ما في النخبة مفصلا مندرجا فيه المسائل التي ذكرها صاحب العناية عقيب قول المصنف ولو وقتت البيتان الخ فكان ذكر تلك المسائل في تحرير صاحب النهاية منسوبا إلى صاحب النخبة فلا يضره منافاة ذلك لما ذكره المصنف لاعتراحه بأن ما ذكره المصنف هاهنا مطابق لرواية الإيضاح دون رواية النخبة .

منهما نوعا فالقول لرب المال لاتفاهما على التخصيص والإذن مستفاد من جهته والبيئة بينة المضارب . قال المصنف (لحاجته إلى نفي الضمان لعدم حاجة الآخر إلى البيئة) واعترض عليه بأن البيئة للإثبات لا لنفي ، وبأن الآخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج إلى البيئة . وأجيب بأن إقامة البيئة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان فأقام المصنف اللازم مقام الملزوم كتابة ، وبأن ما يدعيه من مخالفة وهو سبب الضمان ثابت بإقرار الآخر ولا يحتاج إلى بيئة (ولو وقتت البيتان وقتا فصاحب الوقت الأخير أولى لأن آخر الشرطين ينقض الأول) وإن لم توفتا أو وقتتا على السواء أو وقتت إحداهما دون الأخرى فالبيئة لرب المال لأنه تملك القضاء بهما معا للاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك ، وإذا تملك القضاء بهما تعمل بيئة رب المال لأنها تثبت ما ليس بثابت ، والله أعلم .

(كتاب الودعة)

(كتاب الودعة)

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في أول كتاب الإقرار ، ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى ، لأن الودعة أمانة بلا تملك شيء ، وفي العارية تملك المنفعة بلا عوض ، وفي الهبة تملك العين بلا عوض وفي الإجارة تملك المنفعة بعوض وهي عقد لازم ، واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم فكان في الكل الترقى من الأدنى إلى الأعلى ، كذلك في الشروح . ثم محاسن الودعة ظاهرة إذ فيه إعانة عباد الله تعالى في الحفظ ووفاء الأمانة وهو من أشرف الخصال عقلا وشرعا . قال عليه الصلاة والسلام : « الأمانة تجرّ الفنى ، والخيانة تجرّ الفقر » وفي المثل : الأمانة أقامت المملوك مقام الملوكة ، والخيانة أقامت المملوك مقام المملوك . ثم إن الودعة لغة فعلية بمعنى مفعولة مشتقة من الودع وهو الترك . عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ليتبين أقوام من ودعهم الجمعات » أى عن تركهم إياها . قال : حجر : زعمت النحوية أن العرب أماتوا مصدر يدع ، والنبي صلى الله عليه وسلم أفصح العرب ، وقد رويت عنه هذه الكلمة ، وسميت الودعة بها لأنها شيء يترك عند الأمين ، كذلك في المغرب وبعض الشروح . قال صاحب المعاني : وتفسيرها لغة الترك ، وسميت الودعة بها لأنها تترك بيد أمين انتهى . أقول : فيه سماجة ظاهرة ، إذ ليست الودعة في اللغة بمعنى الترك ، وإنما الذى بمعنى الترك هو الودع فلا يصح قوله ، وتفسيرها لغة الترك إلا بتأويل بعيد لا يساعده لفظه ، وهو أن يراد بذلك أنها مشتقة من الودع الذى هو الترك . وقال جماعة من الشراح : الودعة في الشريعة عبارة عن التسليم على حفظ المال . أقول : الظاهر أن الودعة في الشريعة أيضا هي المال المودع الذى يترك عند الأمين لا نفس التسليم على حفظ المال ، وأن التسليم على حفظ المال هو الإيداع ، وعن هذا قال صاحب الكافي والكافي : الإيداع لغة تسليم الغير على حفظ أى شيء كان مالا أو غير مال . يقال

(كتاب الودعة)

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في أول الإقرار ، ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى لأن الودعة أمانة لا تملك بشيء . وفي العارية تملك المنفعة بلا عوض ، وفي الهبة تملك العين بلا عوض ، وفي الإجارة تملك المنفعة بعوض ، وهي أعلى من الهبة لأنه عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم . ومن محاسنها اشتغالها على بذل منافع بدنه وماله في إعانة عباد الله تعالى واستيجابه الأجر والتناء على ذلك . وسببها تعلق البقاء المقدور بشعائهم من حيث التضاد وقد مر مرارا . ومشروعيتها بقوله تعالى : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » بإطلاقه . وتفسيرها لغة الترك ، وسميت الودعة بها لأنها تترك بيد أمين . وفي الاصطلاح التسليم على حفظ المال . وركبتها : أو دعيتك هذا المال أو ما قام مقامها فعلا كان أو قولا والقبول من المودع حقيقة أو عرفا ، فإن من وضع ثوبه بين يدي رجل وقال هذا ودعة عندك وذهب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب ثم فضاء كان ضمانا ، لأن هذا قبول لودعة عرفا . وشرطها : كون المال قابلا لإثبات اليد عليه ، لأن الإيداع عقد استيفاء وحفظ الشيء بدون إثبات اليد غير متصور ، فإيداع الطير في الهواء والعبد الآبق غير

(كتاب الودعة)

قال (الوديعة أمانة في يد المودع إذا هلكت لم يضمنها) قوله عليه الصلاة والسلام : ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ، ولأن الناس حاجة إلى الاستيداع ، فلو ضمنه ينتفع الناس عن قبول الودائع فتعطل مصالحهم . قال (وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله) لأن الظاهر أنه يلتزم بحفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ،

أودعت زيدا مالا واستودعته إياه : إذا دفعته إليه ليكون عنده فأنا مودع ومستودع بكسر الدال فيهما ، وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما ، والمال مودع ووديعة . وشرعية تسليط الغير على حفظ المال انتهى . حيث فسر الإيداع بالتسليط المزبور دون الوديعة ، وقالوا : والمال مودع ووديعة . وأقول : فيا ذكر في الكافي والكفاية أيضا شيء ، لأن محمول ذلك أن معنى الإيداع لغة أعم من معناه شرعية لاختصاص الثاني بالمال وتناول الأول المال وغيره ، ولكن المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصالح والفائوس والمغرب وغيره اختصاص الأول أيضا بالمال ، لأن المذكور فيها عند بيان معناه ، يقال أودعته مالا : أي دفعته إليه ليكون وديعة عنده ، فلو لم يكن له اختصاص بالمال في اللغة أيضا لم أطلق أرباب اللغة على ذكر المال في بيان معناه ، بل كان اللاتق بهم أن يقولوا أودعته شيئا أو دفعته إليه ليكون وديعة عنده ، والمعجب أن صاحب الكافي والكفاية بعد أن قالوا : الإيداع لغة تسليط الغير على حفظ أي شيء كان مالا أو غير مال قالوا أيضا : يقال أودعت زيدا مالا واستودعته إياه : إذا دفعته إليه ليكون عنده ، وليس فيا استشهدا به شيء يوم العموم ، بل فيه ما يشعر بالخصوص كما عرفت آنفا فكان اللاتق بهما جدا ترك ذلك (قوله الوديعة أمانة في يد المودع الخ) قال صاحب النهاية : فإن قيل : الوديعة والأمانة كلاهما عبارتان عن مبر واحد فكيف جوز بينهما المبتدأ والخبر ولا يجوز إيقاع اللفظين المترادفين مبتدأ وخبر إلا على طريق التفسير كقولك البيت أسد والحيس منع ، ومراد المصنف هاهنا ليس تفسير الوديعة بالأمانة . قلنا : جواز ذلك هاهنا بطريق العموم والخصوص ، فإن الوديعة خاصة والأمانة عامة ، وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه ، فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والأمانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح في ثوب إنسان وألقته في حجر غيره ، والحكم في الوديعة

صحيح . وحكما : كون المال أمانة عنده . قال (الوديعة أمانة في يد المودع) قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هي التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد ، والأمانة أعم من ذلك فإنها قد تكون بغير عقد كما إذا هبت الريح في ثوب فألقته في بيت غيره ، وإذا كان كذلك جاز حل الأهم على الأصح ، والوديعة أمانة في يد المودع (إذا هلكت لم يضمنها لقوله صلى الله عليه وسلم : ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان) ، والغلول والإغلال : الخيانة إلا أن الغلول في المغنم خاصة والإغلال عام . قيل فيه نظر ، لأنه ذكر في حريب الحديث أنه قول شريح ليس بحديث مرفوع . وأجيب بأنه مستند عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم (ولأن شريحها حاجة الناس إليها ، فلو ضمننا المودع امتنع الناس عن قبرها ، وفي ذلك تعطيل لمصالح المسلمين) قال (وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله) قالوا المراد به من يساكنه لا الذي يكون في نفقة المودع فحسب ، فإن المرأة إذا أودع عندها شيء جاز لها أن تدفع إلى زوجها ، وابن المودع الكبير إذا كان يساكنه ولم يكن في نفقته وتركه الأب في بيت فيه الوديعة لم يضمن لكن بشرط أن لا يعمل بمن في عياله الخيانة ، فإن علم ذلك وحفظ بهم ضمن ، وهذا إذا لم يته عن الدفع إليهم (لأن الظاهر أنه يلتزم بحفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه) وهو إنما يحفظ ماله بمن في عياله فيجوز أن يدفع إليهم الوديعة ، وعن هذا قيل العيال ليس بشرط ، فإنه روى عن محمد أن المودع إذا دفع الوديعة إلى وكيله وهو ليس في عياله أو دفع إلى أمين من أمثاله ممن يثق به في ماله وليس في عياله أنه لا يضمن

(قوله قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هي التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد) أقول : مخالف لما تقدم في الإقرار من أن الوديعة قد تكون بغير صفة (قوله والأمانة أعم من ذلك ، إلى قوله : جاز حل الأهم على الأصح) أقول : فيه أن الأمانة مباحة للوديعة بهذا المعنى لا أنها أعم منه ، بل المراد بالوديعة ما يتركه عنه الأمين .

أن يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق ، وفي الأمانة لا يبرأ بعد الخلاف . هكذا نقل عن الإمام بدر الدين الكردي إلى هنا لفظ النهاية . وقال صاحب الكفاية : قال الشيخ الإمام بدر الدين رحمه الله : الفرق بين الودعية والأمانة بالعموم والخصوص ، فالودعية خاصة والأمانة عامة ، وحل العام على الخاص صحيح دون عكسه ، فالودعية هي الاستحفاظ قصداً والأمانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح في ثوب إنسان وألقت في حجر غيره ، والحكم في الودعية أن يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق في الأمانة ، إلى هنا كلامه . أقول : يرد على الجواب المزبور والفرق المذكور أن التقرير المسفوز يقتضي أن يكون بين الودعية والأمانة تباين لا عموم وخصوص ، فإنه قد اعتبر في الأولى القصد وفي الأخرى عدم القصد ، وهما لا يجتمعان في مادة أصلاً ، وكذا جعل حكم الأولى أن يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق ، وحكم الأخرى أن لا يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق ، وهما متناقضان لا يترتبان على شيء واحد فلا يتصور بينهما عموم وخصوص ، بل يتعين التباين ، وحل أحد المتباينين على الآخر غير صحيح قطعاً فلا يتم المطلوب . وقال صاحب العناية هاهنا : قد ذكرنا أن الودعية في الاصطلاح هي التسليم على الحفظ وذلك يكون بالعقد ، والأمانة أهم من ذلك فلها قد تكون بغير عقد كما إذا هبت الريح في ثوب فألقت في بيت غيره ، وإذا كان كذلك جاز حل الأعم على الأخص اه كلامه . ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه : إن الأمانة تعين للودعية بهذا المعنى لا أنها أهم منه ، بل المراد بالودعية ما يترك عند الأمين اه . أقول : قد كان لاح لي ما ذكره من حديث كون الودعية بهذا المعنى مبانياً للأمانة مع كلام آخر ، وهو أنه يلزم حينئذ أن لا يصح قول المصنف الودعية أمانة في يد المودع ، إذ التسليم على الحفظ أمر معنوي لا يمكن أن يكون في يد المودع ، ولكن دفعتهما مما يحمل كلام صاحب العناية على المسامحة بأن يكون مراده بقوله هو التسليم على الحفظ هو ما يحصل بسبب التسليم على الحفظ فيكون حل نفس التسليم على الودعية من قبيل الإسهان الجاهل ، فلا ينافي هذا أن تكون الودعية في الحقيقة ما يترك عند الأمين فيندفع المخدوران المزبوران مما . ثم إن هذا التوجيه وإن كان بعيداً عن ظاهر اللفظ إلا أنه لا بد من المصير إليه تصحيحاً لكلمات ثقات الناظرين في هذا المقام ، فإن ذلك المخدورين يردان على ظاهر لفظ كل واحد منهما ، ألا ترى أنه قال في النهاية والكفاية : فالودعية هي الاستحفاظ قصداً والأمانة هو الشيء الذي وقع في يده من غير قصد ، وقال في غاية البيان : لأن الودعية عبارة عن كون الشيء أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصداً ، والأمانة قد تكون من غير قصد إلى غير ذلك من عبارات المشايخ . ين هاهنا شيء ، وهو أن ما ذكره الشراح هاهنا من أن الأمانة أهم من الودعية بناء على اعتبار القصد في الودعية دون الأمانة عالج لما صرحوا به في أواخر باب الاستثناء من كتاب الإقرار من أن الودعية قد تكون من غير صنع صاحبها كالقطة فلها ودعية في يد الملتقط وإن لم يدفع إليه صاحبها ، وكذا إذا هبت الريح فألقت ثوباً في دار إنسان . وأما مجرد ما ذكره المصنف هناك من أن الودعية قد تكون من غير صنعه فلا يقتضي المخالفة لجواز أن يكون مراده بقوله من غير صنعه من غير صنع المقر لا من غير صنع صاحب الودعية كما يرشد إليه قوله هناك ، حتى لو قال أودعها كان حل هذا الخلاف ، وقد ثبت عليه هناك فتدبر . ثم إن صاحب النهاية يعد أن ذكر الجواب الأول ونسبه إلى الإمام بدر الدين الكردي كما مر قال : والأول من الجواب فيه أن يقال : لفظ الأمانة صار علماً لما هو غير مضمون فكان قوله هو أمانة عنده : أي غير مضمون عليه من غير تفاوت بين القطعين بوجه من الوجوه ، حتى أن لفظ الأمانة ينسحب استعماله في جميع الصور التي لا ضامن فيها ، وأراد بالودعية ما وضع للأمانة بالإيجاب والقبول فكانتا متغايرتين فصيحاً ليقاعهما مبتدأ وخبر اه . أقول : فيه نظر ، إذ لو كان المراد بالأمانة المذكورة في الكتاب معنى غير مضمون لما احتجج إلى ذكر قوله إذا هلك لم يضمن للقطع بفتح أن يقال الودعية غير مضمونة على المودع إذا هلك لم تضمن لكون الثاني مستلزاماً . ورد عليه الشارح المعنى بوجه آخر حيث قال بعد نقله وفيه ما فيه ، لأن العلم ما وضع لشيء بعينه وغير مضمون ليس كذلك ، وليت شعري أي علم هذا من أسام الأعلام اه كلامه .

لأنه لما كان موثقاً به في ماله كان في الودعية كذلك

ولأنه لا يجد بدا من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصخاب الودعة في خروجه فكان المالك راضيا به (فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن) لأن المالك رضى بيده لا يبد غيره ، والأيدى تختلف في الأمانة ، ولأن الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا بوكيل غيره ، والوضع في حرز غيره إيداع ، إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه . قال (إلا أن يقع في داره حريق فيسلمها إلى جاره أو يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقها إلى سفينة أخرى) لأنه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرضيه المالك ، ولا يصدق على ذلك إلا بيته لأنه يدعى ضرورة مسقطه للضمان بعد تحقق السبب فصار كما إذا ادعى الإذن في الإيداع . قال (فإن طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها) لأنه متمتع بالمنع ، وهذا لأنه لما طالبه لم يكن راضيا بإمساكه

أقول : دفع هذا سهل ، لأن لفظ الأمانة إن كان علما لما هو غير مضمون كان من أعلام الأجتناس ، كأمانة فلانة علم بجنس الأسد ، وسببها فلانة علم بجنس التسليح إلى غير ذلك من أعلام الأجتناس التي ذكروها في كتب النحو وبينوا دخولها في تعريف العلم بما وضع لشيء بعينه غير متناول غيره بوضع واحد ، فن أئقن مباحث ذلك في محالها لا يشتهيه عليه الأمر فيما نحن فيه (قوله ولأنه لا يجد بدا من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصخاب الودعة في خروجه فكان المالك راضيا به) أقول : فيه شيء ، وهو أن قوله فكان المالك راضيا به يشعر بكون مدار جواز دفع الودعة إلى عياله رضا المالك به ، وذلك يقتضى عدم جواز دفعها إليه عند عدم رضاه به ، وليس كذلك فإن المالك إذا نهى عن دفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى مالا بد له منه لم يضمن كما سيأتي في الكتاب . فالظاهر أن مدار ذلك هو الضرورة كما هو المذهب من قوله ولأنه لا يجد بدا من الدفع إلى عياله ، فالأولى أن يترك فكان المالك راضيا به ويقال بدله ، فإن امتناع الحفظ بعياله يقتضى سد باب الودائع وتمتع مصالح العباد كما وقع في شرح القدوري للإمام الزاهد (قوله فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن لأن المالك رضى بيده لا يبد غيره ، والأيدى تختلف في الأمانة) أقول : فيه أيضا شيء وهو أن ظاهر هذا التعليل يقتضى أن يضمن أيضا إذا حفظها بيد

(قوله ولأنه) دليل آخر على ذلك ، وهو أنه : أى المودع (لا يجد بدا من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته) لا محالة (ولا استصخاب الودعة عند خروجه) وهذا معلوم المودع (فيكون راضيا به ، فإن حفظها بغيرهم) بأن ترك بيتا فيه الودعة وخرج وفيه غير عياله (أو أودعها غيرهم) بأن نقلها من بيته وأودعها عند غيرهم (ضمن ، لأن المالك رضى بيده لا يبد غيره) . الحال أن (الأيدى تختلف في الأمانة) قيل هذا يناقض قوله لأن الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه لأن المودع يجوز له أن يستودع ماله عند غيره فينبئ أن يملك إيداع الودعة أيضا ، وخطوه ظاهر لأن قوله الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره لا يدل على جواز الإيداع ، لأن الإيداع استحفاظ لا لحفظ (قوله ولأن الشيء لا يتضمن مثله) قد تقدم ما يرد عليه من النقض بالاستمير والعبد المأفون والمكاتب فلان لم ولاية فعل ماضل بهم ، والرهء بالحواب في مقامها ولا بأس بذكره هاهنا إجمالا ، وهو أن المستمير مالك للمطعة والمأفون يتصرف بحكم الملك وكذلك المكاتب فيملك كل منهما التملك (والوضع في حرز الغير إيداع) كالتسليم إليه فيوجب الضمان (إلا إذا استأجره فيكون حافظا بحرز نفسه) (قوله إلا أن يقع في داره حريق) استثناء من قوله فإن حفظها بغيرهم ضمن ، فلذا وقع ذلك تعين التسليم إلى جاره أو الإلقاء إلى سفينة أخرى طريقا للحفظ فيكون مرضى المالك ويقتضى الضمان ، لكنه مبهم في دعوى ذلك لادعائه ضرورة مسقطه للضمان بعد تحقق السبب وهو التسليم والإلقاء فصار كدعوى الإذن بالإيداع فلا بد من إقامة البينة . وقال في المتن : إذا علم احتراق بيته قبل قوله يبنى بيته . قال (فإن طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها الخ) إذا طلب المودع الودعة وحبسها المودع وهو قادر على التسليم ضمن لأنه متمتع إذ المتعدي هو الذي يفعل بالودعة

(قوله لأن الإيداع استحفاظ لا لحفظ) أقول : فيه تأمل .

بعده فيضمنه بحبسه عنه . قال (وإن خلطها المودع بماله حتى لا يتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة وقالوا : إذا خلطها بجنسها شركة إن شاء) مثل أن يخلط الدرهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير . لما أنه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكاً من وجه دون وجه فيميل إلى أيهما شاء . وله أنه استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعلمه معه الوصول إلى عين حقه ، ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها ، ولو أبرأ الخاطئ لاسبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة لأنه لاحق له لا في الدين وقد سقط ، وعندهما بالإبراء تسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخاطو ، وخط الخلل بالزيت وكل مائع يغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان ، وهذا بالإجماع لأنه استهلاك صورة وكلما معنى لتعلم القسمة باعتبار اختلاف الجنس ، ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتعلم التمييز والقسمة . ولو خلط المائع بجنسه فبعد أبي حنيفة ينقطع حق المالك إلى ضمان لما ذكرنا ، وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعاً للأكثر اعتباراً للغالب أجزاء ، وعند محمد شركة بكل حال لأن الجنس لا يقلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ،

من في عياله لا يبد نفسه لأن يدهم غير يد نفسه فالأظهر أن يقال : لأن المالك رضى يدهم لا يبد غيرهم على نبح قوله في نفس المسئلة ، فإن حفظها بغيرهم أو أودعها بغيرهم على صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع في شرح القدروري للإمام الزاهد حيث قال : لأن الأبدى تختلف في الأمانة فلا يكون رضاه يدهم رضا يبد غيرهم (قوله ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) قال بعض الفضلاء : فيه تأمل ، فإن المعلول هنا جواز الشركة والملة إمكان القسمة والقسمة نفسها من

ملا يرضى به المودع فإذا طلبه لم يرض بعد ذلك بإسماكه وقد حبسه فصار ضماناً ، والمخاطو الثاني للتمييز تعد فيوجب الضمان ويقطع الشركة عند أبي حنيفة . وقالوا : إن خلط بالجنس شركة إن شاء ، مثل أن يخلط الدرهم البيض بطنها بالسود ويخلطها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير ولا تعلم الوصول إلى حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة ، وكل ما هو كذلك فهو استهلاك من وجه دون وجه فيميل إلى أيهما شاء . ولأبي حنيفة أنه استهلاك من كل وجه لتعلم الوصول معه إلى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم (قوله وأمكنه معنى) غير صحيح لأنه بالقسمة وهي من أحكام الشركة (فلا تصلح موجبة لها) لثلاث بنقل المعاول علة (ولو أبرأ) المالك (المخاطو سقط حقه عن ذمة المودع عنده لأنه لاحق له لا في الدين وقد أسقط . وعندهما تسقط خيرة الضمان لتعين الدين لصرفت الإبراء إليه فتبين الشركة في المخلوط) إن خلط المائع بغير الجنس (كخلط الخل) بالماء المهمل وهو دهن السمسم (زيت الزيتون) صار مذهبهما كدهب أبي حنيفة فيوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان بالإجماع لأنه استهلاك صورة (وهو ظاهر) ومعنى لتعلم القسمة باعتبار اختلاف الجنس) لأن حقيقة القسمة بالإفراز ، وذلك إنما يكون عند اتحاد الجنس (ومن هذا القبيل) أي من قبيل انقطاع حق المالك بالإجماع (خلط الحنطة بالشعير في الصحيح) وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم إن الجواب في ذلك كالجواب في خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف المذكور (لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فيتعلم التمييز) صورة (ومعنى (وإن خلط المائع بجنسه أوجب الضمان عنده لما ذكرنا) من الاستهلاك) وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعاً للأكثر (فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن لصاحب القليل (اعتباراً للغالب أجزاء وعند محمد شركة بكل حال) أي سواء كان الخلط بالقليل أو بغيره (لأن الجنس لا يقلب الجنس عنده لما مر في الرضاع) إذا جمع بين لبن

(قال المصنف : ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) أقول : فيه تأمل فإن المعلول هنا جواز الشركة والملة إمكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة (قوله لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر) أقول : هذا تعليل لقرنه ومن هذا الجهل الخ .

ونظيره خلط الدرهم بمثلها إذابة لأنه يصير مائعا بالإذابة . قال (وإن اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها) كما إذا انشق الكيسان فاخطط لأنه لا يضمها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق . قال (فإن انشق المودع بعضها ثم رد مثله فخططه بالباقي ضمن الجميع) لأنه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكاً على الوجه الذي تقدم . قال (وإذا تعدى المودع في الوديعة بأن كانت دابة فركبها أو ثوباً فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو أودعها غيره ثم أزال التعدى فردها إلى يده زال الضمان) وقال الشافعي : لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضماناً للمنافاة فلا يبرأ إلا بالرد على المالك . ولنا أن الأمر باق لإطلاقة ، وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه ، فإذا ارتفع عاد حكم العقد ، كما إذا استأجره المحفظ شهراً فتركه المحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي

موجبات نفس الشركة اه . أقول : هذا ساقط ، فإن القسمة نفسها ليست من موجبات الشركة قطعا ، إذ لا شك أنه لا يجب على المشتركين في شيء قسمة ذلك الشيء ، بل يجوز أن يتصرفا فيه على الاشتراك من غير قسمة أبداً ، فإنما الذي من موجبات نفس الشركة وجوازا هو جواز القسمة لا القسمة نفسها ، فلا يصلح أن يكون جواز القسمة فيها نحن فيه حلة موجبة للشركة لئلا ينقلب المعلول حلة ، فإن المعلول هنا عندهما جواز الشركة قبل أن تتعلق مشيئة المودع بالشركة ، ونفس الشركة بعد أن

أمر اثنين في قلع وصب في حق رضيع يثبت الرضاع منهما جميعاً عند محمد (ونظيره خلط الدرهم بمثلها إذابة لصبرورته مائعا بالإذابة وإن اختلطت بمال المودع من غير فعله ، كما لو انشق الكيسان فاخطط صارا شريكين لأنه لم يصنع شيئاً يوجب الضمان وهذا بالاتفاق) فإن هلك البعض كان من مالهما جميعاً إذ الأصل في المال المشترك أن يكون المالك من مالهما والباقي على الشركة (فإن أنفق المودع بعضها ثم رد مثله فخططه بالباقي ضمن الجميع) البعض بالاستهلاك اتفاقاً والبعض به خططاً . لا يقال : فاجعل الرد قضاء لا خطط لعدم تفرد به بالقضاء بغير عرض من صاحبه ، ولو لم يرد ما أنفق كان ضماناً لما أنفق دون ما بقي منها لبقاء الحفظ فيه وبما أنفق لم يتعين الباقي ، فإن هذا مما لا يضره التبعيض إذ الكلام فيه ، وإن أخذ ولم يتفق بما له فردته إلى موضعه فهلكت فلا ضمان عليه ، لأن أخذه لم يناف الحفظ ، ويجوز الدية لا يصير ضماناً ، كما لو نوى أن يصب مال إنسان ولم يفعل . قال (وإذا تعدى المودع في الوديعة الخ) وإذا تعدى المودع في الوديعة فركب الدابة أو لبس الثوب أو استخدم العبد أو أودعها عند غيره ثم أزال التعدى فردها إلى يده زال الضمان . وقال الشافعي رحمه الله : لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضماناً ، لأن الوديعة لكونها أمانة تنافي الضمان ، وإذا ثبت الضمان انفي المناقاة الآخر وهو الوديعة فلا يبرأ إلا بالرد على المالك . ولنا أن الأمر باق لإطلاقة من التشديد بوقت فيوجب بقاء المأمور به وهو الحفظ على وجه الأمانة ، وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة ثبوت نقيضه وهو الأمانة بالمخالفة ، والثابت بالضرورة بمقتدر الضرورة وهي تدفع إيلائها ما دامت المخالفة باقية فلا يصدر إلى ما بعد ارتفاعه ، فإذا ارتفع عاد حكم العقد ، وعروض بأن الأمر باق فيكون مأموراً بدوام الحفظ ، وما هذا شأنه فالمخالفة فيه رد للأمر من الأصل كالبحود فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاحتراف بعد الجحود ، وأجيب بأننا لنسلم أن المخالفة فيه رد له من الأصل لأن بطلان الشيء إنما يكون بما هو موضوع للإبطال أو بما ينافيه ، والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوعة لإبطال الإيداع ولا تنافيه ، ألا ترى أن الأمر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداءً بأن يقول للأصبي أودعك وهو مستعمل ، بخلاف الجحود فإنه قول موضوع للرد فيجوز أن يكون رد القول مثله ، ألا ترى أن الجحود في أوامر الشرع ود ما يكفر به والمخالفة بترك صلاة أو صوم مأمور به ليست بردولاً لا يكفر بها (قوله كما إذا استأجره) تنظير لمصلحة الوديعة بالاستئجار فإن المخالفة ترك الحفظ في بعض أوقات كونها ودية ، فصار كما إذا استأجره للمحفظ شهراً فتركه المحفظ في بعضه ثم عاد إلى الحفظ في الباقي فإنه ترك الحفظ في بعض الأوقات ولم يخرج بذلك عن كونه أميناً .

(قوله لا يقال فاجعل الرد قضاء لا خطط لعدم تفرد به) أقول : قوله لعدم تفرد جواب لقوله لا يقال فاجعل الخ (قوله ضرورة ثبوت نقيضه وهو الأمانة بالمخالفة) أقول : الظاهر أن يقال وهو المخالفة .

فحصل الرد إلى نائب المالك . قال (فإن طلبها صاحبها فجعلها ضمنها لأنه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالإسكاف صاحب مانع فيضمنها ، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد ، إذ المطالبة بالرد رفع من جهته والوجود فسخ من جهة المودع كوجود الوكيل الوكالة ووجود أحد المتعاقدين البيع فتم الرفع أو لأن المودع ينفرد بعزل نفسه بمحض من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بمحضرة الموكل ، وإذا ارتفع لا يعود إلا بالتجديد فلم يوجد الرد إلى نائب المالك ، بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق، ولو جعلها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف خلافاً لغيره لأن المودع عند غيره من باب الحفظ لأن فيه قطع طمع الطامعين ، ولأنه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه فيقي الأمر بخلاف ما إذا كان بمحضرة . قال (وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حل وموثة عند أبي حنيفة وقالوا : ليس له ذلك إذا كان لها حل وموثة) وقال الشافعي : ليس له ذلك

تعلق مشيئة بها وكلاهما كانا يوجبان جواز القسمة تأمل (قوله وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حل وموثة عند أبي حنيفة الخ) قال صاحب العناية في حل هذا المثل : قالوا إذا كان الطريق آمناً ، فإن كان غوفاً ضمن بالاتفاق ، وإذا كان آمناً وله بد من السفر فكذلك ، وإن لم يكن وسافر بأهله لا يضمن وإن سافر بنفسه ضمن لأنه أمكنه تركها في أهله اه . أقول : هذا تحرير مختل وحل فاسد ، لأنه إن كان مقول القول في قالوا مجموع ما ذكره بأن كان قوله إذا كان الطريق آمناً شرطاً واخترع بأن هذا التنظير غير مستقيم ، لأن بقاء كونه آمناً باعتبار أن عقداً لإجارة عقداً لا ملاً يرتد به بخلاف مانع فيه . وأجيب بأن العقد لازم وغير اللازم في الانقضاء بعدم تسليم المقود عليه سواء بالاتفاق للإجارة أو بالعارية والبيع والهبة تنقضي بعدم تسليم المقود عليه ثم في الاستحجار ورد العقد على منفعة الحافظ في المدة والمنفعة تحدث شيئاً فشيئاً فبترك الحفظ في بعض المدة يطل العقد في ذلك القدر ويكون باقياً لبقاء المقود عليه فكذا في الحفظ بغير بدل . وقوله (فحصل الرد إلى نائب المالك) جواب عن قوله فلا يبرأ إلا بالرد على المالك . ووجهه أن المودع نائب المالك ، فإذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعاً حصل الرد إلى نائب المالك . وقوله (فإن طلبها صاحبها الخ) ظاهر . وقوله (ولو جعلها عند غير صاحبها) كان قال له رجل ما حال وديعة فلان ؟ فقال ليس له عندى وديعة (لا يضمنها عند أبي يوسف) وكذا لو جعلها عند صاحبها من غير طلب منه مثل أن يقول : ما حال وديعتي عنك ؟ فقال ليس لك عندى وديعة (خلافاً لغيره) وإنما ذكر خلافهما فحسب ، وإن كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة . قيل لأن هذا الفصل غير المذكور في المبسوط ، وإنما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب فذكر كذلك . وجه قول زفر أن المودع سبب للضمان سواء كان عند المالك أو لا كالإتلاف حقيقة . وجه قول أبي يوسف ما ذكره أنه من باب الحفظ لأن فيه قطع طمع الطامعين . قال (وللمودع أن يسافر بالوديعة الخ) وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حل وموثة قالوا إذا كان الطريق آمناً ، فإن كان غوفاً ضمن بالاتفاق ، وإذا كان آمناً وله بد من السفر فكذلك ، وإن لم يكن وسافر بأهله لا يضمن ، وإن سافر بنفسه ضمن لأنه أمكنه تركها في أهله ، ولا فرق بين السفر الطويل والتقصير . وقالوا : ليس له ذلك إذا كان لها حل وموثة ، وقد تقدم معنى الحمل والموثة ، لكن قيل عند أبي يوسف إذا كان بعيداً ، وعند عمه قريباً كان أو بعيداً . وقال الشافعي : ليس له ذلك في الوجهين : أي سواء كان لها حل وموثة أو لا ، لأن حنيفة إطلاق الأمر لأن الأمر به بالحفظ مطلقاً فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان . فإن قيل : سلمنا أن إطلاق الأمر يقتضي إيجاز لكن المانع منه متحقق وهو كون المفازة ليس محل الحفظ . أجاب بقوله والمفازة محل الحفظ إذا كان الطريق آمناً ، ولهذا : أي ولكون المفازة محل الحفظ يملك الأب والوصي المسافرة بمال الصبي ، فلو كان التلف مضموناً لما جازهما ذلك ، قيل مسافرة الأب والوصي بمال الصبي للتجارة والناس يطأرون بالتجارة لطمع الربح وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة (قوله ليس له ذلك الخ) أقول : قاله السيد جلال (قوله وإن لم يكن وسافر بأهله الخ) أقول : يخالف لما في غاية البيان .

في الوجهين لأبي حنيفة رحمه الله إطلاق الأمر، والمفاضة محل الحفظ إذا كان الطريق آمنا ولهذا يملك الأب والوصي في مال الصبي . ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة ، والظاهر أنه لا يرضى به فيقتيد ، والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الأمصار وصار كالاستحفاظ بأجر . قلنا : مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال أمره فلا يبالى به والمعاد كونهم في المصر لا يحفظهم ، ومن يكون في المفاضة يحفظ ماله فيها ، بخلاف الاستحفاظ بأجر لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد (وإذا ناه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن) لأن التقييد مفيد إذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحا . قال (وإذا أودع رجلا عند رجل وديعة فحضر أحدهما وطلب نصيبه منها لم يدفع إليه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة ، وقالوا : يدفع إليه نصيبه)

وما بعده جزءه فسد المعنى جدا ، إذ يلزم حينئذ أن يكون ما كان الطريق غوفا قسما عما كان آمنا فيلزم أن يكون ضد الشيء قسما منه وهو باطل قطعاً ، وإن كان مقول ذلك قوله إذا كان الطريق آمنا فقط بأن كان معناه قالوا هذا الذي ذكر في الكتاب إذا كان الطريق آمنا كما هو المطابق لما في الكافي وسائر الشروح ، وكان قوله فإن كان غوفا ضمن بالاتفاق بيانا لحكم كون الطريق غوفا في المسافرة بالوديعة ، وكان قوله وإذا كان آمنا وله بد من السفر ألغ تفصيلا لحكم كون الطريق آمنا في المسافرة بالوديعة فسد معنى المقام أيضا ، لأنه إن أراد بقوله إذا كان الطريق آمنا في قوله قالوا إذا كان الطريق آمنا ما هو عام لما كان له بد من السفر وما لم يكن كما هو الظاهر من إطلاق اللفظ كان قوله في التفصيل ، وإذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك منافيًا لذلك قطعاً ، وإن أراد بذلك ما هو مفيد بأن لم يكن له بد من السفر فع كونه اللفظ غير مساعد له ينافي قوله في التفصيل وإن سافر بنفسه ضمن لأنه قسم من ذلك المقيّد كما ترى مع أن حكمه وهو الضمان مخالف لما ذكر في الكتاب ، على أن ما ذكر في الكتاب فيما إذا لم يعين المالك المصر لا يحفظ فيه كما يقتضيه إطلاق اللفظ ، ويدل عليه قطعاً قول المصنف فيما بعد : وإذا ناه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ، ولم يذكر في واحد من كتب الفقه ولم ينقل عن أحد قط التفصيل الذي ذكره

فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحا ، وأجيب بأنه توضيح للاستدلال ، ولئن كان استدلالا فهو صحيح لأن ولايتهما على مال الصبي نظرية . وأولى وجوه النظر رعايته عن مواضع التلف ، فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز ، وحيث جاز بالاتفاق اتفق وهم التلف . ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد لأن المودع يجوز أن يموت في بعض الطريق فيلزم المالك مؤنة الرد ، والظاهر أنه لا يرضى به فيقتيد به ، لكن أبا يوسف جعل السفر القريب غوفا قياسا على البئر اليسير في التجارات ، والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الأمصار وجعله كالاستحفاظ بالأجر ، فإنه إذا استأجر رجلا شهرا بدرهم ليحفظ ماله فإنه لا يملك السفر بذلك المال ، وإن سافر ضمن (قوله قلنا مؤنة الرد) جواب عن قولهما وتقريره سلمنا أن المؤنة تلحق المالك لكنه ليس لمخني من قبل المودع بل من حيث ضرورة امتثال المودع أمره فإنه أمره مطلقا وهو لا يقتيد بمكان ؛ فهو لمخني راجع إلى المالك فلا يبالى به . وقوله (والمعاد كونهم في المصر) جواب عن قول الشافعي : يعني أن المعتاد كون المودعين وقت الإيداع في المصر (لا يحفظهم ، فإن من كان في المفاضة يحفظ ماله فيها) ولا ينقله إلى الأمصار (بخلاف الاستحفاظ بالأجر لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد ، وإذا ناه المالك أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لأن التقييد مفيد ، إذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحا) قال (وإذا أودع رجلا عند رجل وديعة الخ) إذا تعدد المودع وطلب بعضهم نصيبه منها في ضيعة الباقي لم يجبر المودع على الدفع إليه حتى يحضر الباقي . وقالوا : يدفع إليه نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب ، حتى أن الباقي إن هلك في يد المودع كان للغائب أن يشارك الغائب فيها قبض . وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد

(قوله لأن ولايتهما على مال الصبي نظرية) أقول : لقوله تعالى - ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن - ولولا أنه من الأحسن لما جاز ذلك لهما .

وفي الجامع الصغير : ثلاثة استودعوا رجلا ألفا فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده ، وقالوا : له ذلك ، والخلاف في المكيل والموزون ، وهو المراد بالمدكور في المختصر . لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك ، وهذا لأنه يطالبه بتسليم ماسلم إليه وهو النصف ، ولهذا كان له أن يأخذه فكلذا يؤمر هو بالدفع إليه . ولأن حنيفة أنه طالبه بدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع ، والمفرز المعين يشتمل على الحقين ، ولا يتميز حقه إلا بالقسمة ، وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع ،

صاحب العناية في صورة إذا كان الطريق أننا ولم يعين المالك المصر للحفظ فيه ، وإنما ذكروا ذلك التفصيل في صورة إن كان الطريق خوفاً أو إن عين المالك المصر للحفظ فيه : فالصواب في هذا المقام تحرير صاحب النهاية حيث قال : هذا كله إذا كان الطريق أننا ، أما إذا كان خوفاً له بد من السفر ضمن بالاتفاق ، وكذا الأب والوصي وإن لم يكن له بد من السفر ، إن سافر بأهله لا يضمن ، وإن سافر بنفسه ضمن لأنه يمكنه أن يتركها في أهله ، كذا في الجامع الصغير لقاضي خان اه . وتحرير صاحبي الكافي ومراج الدراية حيث قالوا : هذا إذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل أطلق فإن عين الحفظ في المصر فاسفر إن كان سفره له منه بد ضمن ، وإن كان سفره لا بد له منه فإن أمكنه الحفظ في المصر مع السفر بأن أمكنه أن يترك واحداً من عياله مع الوديعة في المصر ضمن ، وإن لم يمكنه ذلك لم يضمن اه . وكان صاحب العناية لم يفرق بين الحالين فخطب الكلام وأفسد معنى المقام (قوله وفي الجامع الصغير : ثلاثة استودعوا رجلا ألفاً فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده ، وقالوا : له ذلك) قال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد موضع الخلاف المدكور في مختصر القنودري من قوله ودية المكيل والموزون لأن المدكور فيه الألف وهو موزون انتهى . أقول : فيه بحث ، إذ ليس فيها ذكره من رواية الجامع الصغير ما يشعر بحصر وضع المسئلة فيها يقسم حتى يدل به على أن موضع الخلاف هو المكيل والموزون . قوله لأن المدكور فيه الألف وهو موزون ليس بشيء ، إذ لا شك أن الألف إنما ذكر فيه على سبيل التمثيل لا الحصر ، كيف ولو أفاد بذلك الحصر لكان وضع المسئلة المدكورة فيه غير متناول للمكيل أصلاً بمقتضى قوله وهو موزون ، ولا للموزون الذي هو غير الألف فيقول المطلوب . وقال في معراج الدراية : قال أبو جعفر في الكشف : في هذه الرواية من الفائدة ما ليس في رواية كتاب الوديعة ، وذلك أن رواية كتاب الوديعة : القاضي لا يأمر المودع بالدفع ، وكان يجوز أن يقول قائل : إن كان القاضي لا يأمر المودع بالدفع فله أن يأخذه ديانة ، فلما قال في الجامع ليس له أن يأخذ زالت هذه الشبهة . وفائدة أخرى أن رواية كتاب الوديعة في اثنين ورواية الجامع في الثلاثة ، فلولا رواية الجامع لكان لبعض أن يقول : نصيب الواحد الحاضر من الثلاثة أقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكاً ويحصل تبعاً للأكثر فلا يؤخذ من المودع ، فأما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون مستهلكاً ولا تبعاً فله أخذه ، فبين برواية الجامع أن كليهما سواء انتهى . أقول : في الفائدة الأخرى نظر ، لأن جواب المسئلة في رواية الجامع الصغير أن ليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عند أي حنيفة ، وهذا لا يدفع توهم قائل أن علة عدم الأخذ في هذه الصورة قلة نصيب الحاضر ، بل يؤيده لمساعدة هذه الرواية ذلك الاحتمال وإنما يدفعه رواية كتاب الدعوى لأن نصيب الحاضر ليس بأقل من نصيب الغائب في تلك الرواية ، فلا مجال لتوهم أن يكون علة عدم دفع نصيب الحاضر إليه قلة نصيبه فتلك الفائدة الأخرى إنما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعة بعد ذكر رواية الجامع الصغير على عكس ما في الكتاب ، اللهم إلا أن يكون بناء تلك الفائدة على قول

موضع الخلاف المدكور في مختصر القنودري من قوله ودية المكيل والموزون لأن المدكور فيه الألف وهو موزون . وذكر محمد الخلاف فيها يقسم وما لا يقسم . قال في القوائد الظهيرية : إن الأول هو الصحيح حتى إذا كانت الوديعة من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له أن يأخذ نصيبه بالإجماع ، وحكاية الحماني في المسئلة مشهورة : لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر

(قوله لأن المدكور فيه) أقول : يعني المدكور في الجامع الصغير

بمخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه لأن الدين تقضي بأمثالها . قوله له أن يأخذه .

أي يوسف ومحمد في هذه المسئلة دون قول أي حنيقة فحيث تظهر على ترتيب الكتاب تأمل نقف (قوله بمخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه) أي حق المدينون (لأن الدين تقضي بأمثالها) فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل يكون المدينون متصرفا في مال نفسه فيجوز ، كذا في النهاية وغيرها . قال صاحب العناية بعد أن شرح هذا المقام أولا هكذا : وفيه نظر ، لأن الإنسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك انتهى . أقول : هذا النظر في غاية السقوط ، لأن المدينون مأمور بالتصرف في ماله بالدفع إلى من يجب له عليه ذلك لا إلى من لا يجب له عليه ذلك ، إذ لا شك أنه يجب على المدينون قضاء دينه ، فلما لم يتصور قضاء الدين بمينه بل لا بد من أن يقضى بمثله وجب على المدينون للدائن دفع مثل دينه من مال نفسه إلى دائنه فكان مأمورا به . وبالحكمة ليس كل ما يجب على إنسان لإنسان دفع عين ما أخذه منه ، بل قد يكون دفع مثله وبذله كما فيا نحن فيه فلا محذور قطعا . ثم قال صاحب العناية : والحق أن الضمير في حقه للشريك لا للمدينون كما وقع في الشروح ، ومعناه لأن الشريك يطالب المدينون بتسليم حقه : أي بقضاء حقه ، وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما ، لأن الدين تقضي بأمثالها والمثل مال المدينون ليس بمشترك بينهما والقضاء إنما يقع بالمقاصة انتهى كلامه . أقول : فيه نظر ، أما أولا فلأن كلام المصنف ليساعده ، لأن الضمير في حقه لو كان للشريك دون المدينون لم يتم استدلاله على قوله لأنه يطالبه بتسليم حقه بقوله لأن الدين تقضي بأمثالها ، إذ كون قضاء الدين بأمثالها لا بأعيانها لا يدل على أن الشريك يطالب المدينون بتسليم حقه نفسه لأن المثل مال المدينون فلم يكن حق الشريك بل كان حق المدينون ، فقضاء الدين بالمثل لا يكون تسليم حق الشريك بل يكون تسليم حق المدينون ، وهذا مما لا ستر به . وأما ثانيا فلأن ما توهمه في نظره السابق من لزوم كون الإنسان مأمورا بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك أولى بالورود على تقدير نفسه بدون ملاحظة ما ذكرنا في سقوطه ، لأنه قال : وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما ، لأن الدين تقضي بأمثالها ، والمثل مال المدينون ليس بمشترك بينهما ، والقضاء إنما يقع بالمقاصة انتهى . وهذا أحق بما توهمه كما ترى والمدفع ما أوضحناه من قبل (قوله له أن يأخذه) أي قول الخصم في هذه المسئلة كذا وهو الإمامان على ما مر . وقد نصف فيه الشارح العيني حيث قال : والضمير في قوله يرجع إلى القائل الملهود في الذهن أي قول القائل نصرة لقولهما كذا انتهى . ولا يخفى ما فيه . وأما سائر الشراح فلم يتعرض أحد منهم لتوجيه أفراد

بالدفع إليه كما في الدين المشترك ، وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف ، ومن طالب ما سلم لم يمنع منه ولهذا كان له أن يأخذه وإن كان في يد المودع بالاتفاق . ولأى حنيقة لا تسلم أنه طالبه بتسليم نصيبه بل يدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمغزى وحقه ليس فيه ، لأن المغزى العين يشتمل على الحقيق ولا يتميز حقه إلا بالقسمة ، وليس للمودع ولاية القسمة لأنه ليس بوكيل في ذلك ، ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع ، بمخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه : أي حق المدينون ، لأن الدين تقضي بأمثالها فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل المدينون يتصرف في مال نفسه فيجوز ، وفيه نظر لأن الإنسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك . والحق أن الضمير في حقه للشريك لا للمدينون كما وقع في الشروح ، ومعناه لأن الشريك يطالب المدينون بتسليم حقه : أي بقضاء حقه ، وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لأن الدين تقضي بأمثالها ، والمثل مال المدينون ليس بمشترك بينهما والقضاء إنما يقع بالمقاصة . وقوله (له أن يأخذه) جواب عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذه ، وتقريره جواز الأخذ لا يستلزم أن يغير المودع على الدفع ، إذ الجبر ليس من ضرورات الجواز : يعنى من لوازمه لا تفكاه عنه ، كما إذا كانت له ألف درهم ودبعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغيره : أي لغريم المودع

(قوله له أن يأخذه) أي مال نفسه نظرا لأن الإنسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك) أقول : يتكفل بدفعه قوله لأن الدين تقضي بأمثالها .

قلنا : ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع كما إذا كان له ألف درهم ودبعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغيره أن يأخذه إذا ظفر به ، وليس للمودع أن يدفعه إليه . قال (وإن أودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه ، وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظ أحدهما بإذن الآخر) وهذا عند أبي حنيفة ، وكذلك الجواب عنده في المرتنين والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر . وقالوا : لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين . لهما أنه رضى بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمه كما فيا لا يقسم . وله أنه رضى بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله لأن الفعل متى أضيف إلى ما قبل الوصف بالتجزى تناول البعض دون الكل فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع . ولا يضمن القابض لأن مودع المودع عنده لا يضمن ، وهذا بخلاف ما لا يقسم لأنه لما أودعها ولا يمكنهما الاجتماع عليه أثناء الليل والنهار وأمكنهما المهاداة كان المالك راضيا بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال . قال (وإذا قال صاحب الدبعة للمودع اتسلمه إلى زوجتك فسلمها إليها لا يضمن . وفي الجامع الصغير : إذا نهاه أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعتها إلى من لا بد له منه لا يضمن) كما إذا كانت الدبعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه ، وكما إذا كانت شيئا يحفظ في يد النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته وهو يحمل الأول لأنه لا يمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط ، وإن كان مفيدا فيلغو (وإن كان له منه بد ضمن) لأن الشرط مفيد لأن من العيال من لا يؤمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر (وإن قال أحفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن) لأن الشرط غير مفيد ، فإن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز (وإن حفظها في دار أخرى ضمن) لأن الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ، ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بأن كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صبح الشرط :

ضمير قوله هاهنا (قوله قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع الخ) جواب عن قول الإمامين أن يأخذه . تقريره أن جواز الأخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع ، إذ الجبر ليس من ضرورات الجواز : أي من لوازمه لانفكاكه عنه ، كما إذا كانت له ألف درهم ودبعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغيره : أي لغير المودع بالكسر أن يأخذه إذا ظفر به ، وليس للمودع أن يدفع إليه ، كذا في العناية وغيرها . أقول : هنا إشكال ، وهو أن هذا الجواب لا يتمشى على رواية الجامع الصغير ، فإن جواب المسئلة فيها : فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده ، وهذا دال على عدم جواز أخذ أحد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله . والجواب المذكور في الكتاب مشعر بجواز أخذ أحد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة أيضا وإن لم يجبر المودع على دفع ذلك إليه عنده ، كجواز أخذ غريم المودع بالكسر ما أودعه عند إنسان إذا ظفر به من المودع بالفتح ، وإن لم يكن للمودع أن يدفعه إليه ، إذ لو لم يكن المراد بالجواب المزبور

بالكسر أن يأخذه إذا ظفر به ، وليس للمودع أن يدفع إليه . قوله (وإن أودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم) ما يقسم هو الذي لا يتعين بالتفريق الحسى كالمكيل والموزون ، وما لا يقسم هو ما يتعين به كالعبد والدابة والثوب الواحد والطبق ، وكلامه ظاهر . وقال في المبسوط : قول أبي حنيفة أقيس ، لأن رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضا بأمانة واحد ، فإذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لا يصير راضيا بحفظ أحدهما للكل (وإذا قال صاحب الدبعة للمودع اتسلمه إلى زوجتك فسلمها إليها لا يضمن) معناه : إذا لم يكن له من التسليم إليها بد ، علم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال (إذا نهاه أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعتها إلى من لا بد له منه لا يضمن ، كما إذا كانت الدبعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه ، أو كانت شيئا يحفظ على أيدي النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته) وهذا معنى قوله (وهو يحمل الأول) والأصل فيه أن الشرط إذا كان مفيدا والعمل به

قال (ومن أودع رجلا وديعة فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن الأول وليس له أن يضمن الثاني ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا : له أن يضمن أيهما شاء ، فإن ضمن الآخر رجع على الأول) لهما أنه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كودع الغاصب ، وهذا لأن المالك لم يرض بأمانة غيره ، فيكون الأول متعلبا بالتسليم والثاني بالتقبض فيخير بينهما ، غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه ، وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة . وله أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدى منهما فإذا غارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك ، وأما الثاني فاستمر على الحالة الأولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالربح إذا ألفت في حجره ثوب غيره . قال (ومن كان في يده ألف غداة رجلا ن كل واحد منهما أنها له أودعها لإياه وأنى أن يحلف لهما فالألف بينهما

تجوز أخذ الشريك الحاضر نصيبه من المودع بدون أن يغير المودع على دفع ذلك إليه عند أبي حنيفة لما احتيج إلى الجواب من قبله عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذه إلى التثبت بحديث أن ليس من شروط جواز الأخذ أن يغير المودع على الدفع ، بل لما أفاد ذلك الحديث المقصود ، بل كان الواجب في الجواب من قبله عن قولهما المذكور منع جواز الأخذ أيضا ، فالجواب الزبور أيضا إنما يتمشى على ما ذكر في مختصر القنورى وهو المسمى عند الفقهاء برواية كتاب الدعوى كما سمعت فيها مر . واعلم أن صاحب غاية البيان قال في شرح قولهما ولهذا كان له أن يأخذه فكذا هو يؤمر بالدفع إليه ، ولو كان المال في أيدي الشريكين كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه بغير رضا الآخر ، فكذا هنا له أن يأخذ نصيبه من المودع . وقال في شرح الجواب

ممكنا وجب مراعاته والمخالفة فيه توجب الضمان ، وإذا لم يكن مفيدا أو كان ولم يمكن العمل به كما فيأمن فيه يلفو ، وعلى هذا إذا نهى عن الدفع إلى امرأته وله امرأه أخرى أمانة ، أو عن الحفظ في الدار وله أخرى فخالف فهلكت ضمن ، وإذا نهى عن الحفظ في بيت من دار فحفظ في غيره وليس في الذي نهى عنه عورة ظاهرة أو نهى عن الدفع إلى امرأته وليس له سواها أو عن الحفظ في دار ليس له غيرها فخالف لم يضمن ، لأن الأول غير مفيد والثاني غير مقدور العمل به . قال (ومن أودع رجلا وديعة الخ) إذا أودع المودع الوديعة ضمن دون الثاني عند أبي حنيفة ويغير رب المال في تضمين أيهما شاء عندهما لأنه قبض من ضمين ، لأن المالك لم يرض بغيره فكان الأول متعلبا بالتسليم إلى الثاني ، والثاني قد قبض منه ، والقباض من الضمين ضمين كودع الغاصب غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه ، وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة . ولأبي حنيفة أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظ بمصره رأيه وتديره لا من حفظ بصورة يده ، ولهذا لو دفع إلى من يحفظه بمصرته كعمله فهلكت عنده لم يضمن بالاتفاق ، فإذا لم يكن بالدفع ضمانا لم يكن قبض الثاني من ضممين فلم يوجد تعد منهما ، فإذا غارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه . وأما الثاني فاستمر على الحالة الأولى وهو القبض من أمين إذ لم يوجد منه بذلك صنع فلا يضمنه ، كالربح إذا ألفت في حجره ثوب غيره (وإذا كان في يد رجل ألف غداة رجلا ن كل واحد منهما أنها له أودعها الخ) ظاهر سوى ألفاظ تذكرها قوله لتأخير الحقيق لأن كل واحد منهما يدعى ألفا . قوله وإن نكل : أى الثاني : أى بعد

(قال المصنف : ومن أودع رجلا وديعة فأودعها آخر الخ) أقول : في أوائل كتاب الصلح من المبسوط : المودع إذا وقع الحريق فيبيعه فناول الوديعة تجارا له كان ضمانا في القياس انتهى . لأن المودع أمره بأن يحفظه بنفسه لئلا يبيع إلى أجنبي ، ثم قال في المبسوط : وفي الاستعسان لا يكون ضمانا لأن الدفع إلى الغير في هذه الحالة من الحفظ انتهى . والمسئلة المذكورة في كتاب الهبات في أوائل الوديعة (قال المصنف : إن دعوى كل واحد منهما محمية لاحتمال الصلح) أقول : بأن يودعه أحدهما ليشترى للمودع به سلمة من الآخر ويسلمه إليه من ثمنه فيقتطبه ثم يودعه أيضا (قوله لتأخير الحقيق لأن كل واحد منهما يدعى ألفا) أقول : لا بل يدعى الألف للمين إلا أن يراه باعتباره

وعليه أُلّف أخرى بينهما) وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لأحدهما الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحدّيث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقيقتين ، وبأيهما بدأ القاضى جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية . ولو تشاحا أقرع بينهما تطبيقاً لقلبيهما ونفياً لتهمة الميل ، ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثاني ، فإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة ، وإن نكل أعنى للثاني يقضى له لوجود الحجة ، وإن نكل للأوّل يحلف للثاني ولا يقضى بالنكول ، بخلاف ما إذا أقرّ لأحدهما لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به ، أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء فجواز أن يؤخّره ليحلف للثاني

عنه : والجواب عن قولهما لو كان في أيديهما كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه تقول : لا يلزم من ذلك أن يأخذ نصيبه من المودع ، ألا ترى أن الغريم إذا أخذ من مال غريمه جنس حقه جاز ولا يجبر على الرد ، ولا يجوز أن يأخذ حقه من مودع الغريم ، وهذا معنى قوله كما إذا كان له ألف درهم ودية عند إنسان وعليه ألف لغريمه أن يأخذها إذا ظفر به وليس للمودع أن يأخذها إليه ، إلى هنا كمال ذلك الشارح . أقول : فلي هذا الاستخراج يتمشى هذا الجواب على كلتا الروايتين ، ولكن لا يتجنى على من له دربة بأساليب الكلام أن تقرير المصنّف لا يساعد ذلك جدّاً تبصر (قوله وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة) أى على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون الألف الواحد مودعاً عند اثنين بكمالها ، كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحقّ عندى في معنى المقام ، فيتمّ التعليل حينئذ بقوله لأحدهما الصدق بلا كلفة أصلاً . وأما بعض الفضلاء فقد قصد توجيه المقام بالحمل على صحة دعوتهما على سبيل الاجتماع حيث قال في بيانه : بأن يودعه أحدهما فيشترى المودع به سلعة من الآخر ويسامحه إليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضاً انتهى . أقول : ليس هذا بشيء ، لأن ما ذكر في أصل المسئلة من قوله فادعها راجلان كل واحد منهما أنها له أو دعها إياه يدل على أن كل واحد منهما ادعى أنها ملك له في الحال أو دعها إياه ، ولا شك أن العين الواحدة لا يتصور أن يكون ملكاً لاثنتين بكمالها في حالة واحدة ، ولا أن يكون مودعاً من اثنين بكمالها في حالة واحدة وفي الصورة التي ذكرها ذلك القائل قد زال إيداع أحدهما الألف عن هـ في يده وزال ملكه عنها أيضاً باشرائه بها سلعة من الآخر وتسليمها إليه ، فكيف يحتمل أن يصدق معاً في دعوتهما انزبورة (قوله ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقيقتين) قال جماعة من الشراح في تعليل تغاير الحقيقتين : لأن كل واحد منهما يدعى ألفاً . أقول : يرد عليه أن كل واحد منهما إنما يدعى ألفاً معناه وهو ما في يد المدعى عليه كما صرح به في وضع المسئلة ، والنقود تعين في الودائع على ما تقرّر في موضعه ونص عليه الزيلعي في شرح هذه المسئلة في التبيين ، فمن أين يدل هذا على تغاير الحقيقتين . ثم إن بعض الفضلاء بين مغايرة الحقيقتين بنهج آخر حيث قال : والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق في يمينه على مامر في للدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام « لك يمينه » انتهى . أقول : ليس هذا بتفديد هاهنا ، لأن ما يقتضيه أن يكون لكل منهما حق في يمينه إنما هو عدم الاكتفاء لتحليف لأحدهما فقط ، وهذا لا يستلزم تحليف لكل واحد منهما على الانفراد كما هو المطلوب هاهنا ، بل يحصل بتحليف لهما معاً ، وإنما الذي يقتضى تحليف لكل واحد منهما على الانفراد أمر وراه أن يكون لكل واحد منهما حق في يمينه ، ألا ترى أنها لو ادعى من أحد شيئاً واحداً مشتركاً بينهما على سبيل الشيع كان لكل واحد منهما حق في يمينه قطعاً مع أنه لا يجب هناك تحليف لكل واحد منهما على الانفراد . والأظهر في تعليله أن يحلف هاهنا لكل واحد منهما على الانفراد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال : وإنما يحلف لكل واحد منهما بانفراده لأن كل واحد منهما ادعى بانفراده انتهى تدبر أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء فجواز أن يؤخّره ليحلف للثاني

ما حلف الأول . قوله ولا يقضى بالنكول : يعنى للأوّل لأن الثاني ربما يقول إنما نكل لك لأنك بدأت بالاستحلاف فلا تنقطع

المال ، والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق في يمينه على مامر في الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام « لك يمينه » .

فينكشف وجه القضاء ، ولو نكل للثاني أيضا يقضى بها بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستواءهما في الحجة كما إذا أقاما البيئة ويغرم ألفا أخرى بينهما لأنه أوجب الحق لكل واحد منهما بذله أو إقراره وذلك حجة في حقه ، وبالصرف إليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر فيغرمه ، فلو قضى القاضي للأول حين نكل ذكر الإمام على البرذوي في شرح الجامع الصغير أنه يحلف للثاني وإذا نكل يقضى بها بينهما لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثاني لأنه يقدمه إما بنفسه أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني . وذكر الخصاص أنه ينفذ قضاؤه للأول ووضع المسئلة في العبد وإنما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لأن من العلماء من قال يقضى للأول ولا ينتظر لكونه إقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لأن نكوله لا يفيد بعد ما صار للأول ، وهل يحلفه بالقدم لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه . قال : ينبغي أن يحلفه عند محمد رحمه الله خلافا لأبي يوسف بناء على أن المودع إذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء إلى غيره يضمه عند محمد خلافا له وهذه فرعية تلك المسئلة وقيد موقع فيه بعض الإطباء والله أعلم .

فينكشف وجه القضاء) قال صاحب العناية في بيان وجه القضاء بأن يقضى بالألف للأول أو للثاني أو لهما جميعا ، لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له والألف كله للأول ، ولو نكل للثاني أيضا كان الألف بينهما انتهى . أقول : لا صحة لقوله أو للثاني إذ لا احتمال للقضاء بالألف للثاني بعد نكل ذي اليد الأول والكلام فيه ، فاختص هنا وجهان لا غير ، والمجب أن قال في التعليل لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له ، والألف كله للأول . ولو نكل للثاني أيضا كان الألف بينهما ، وهذا قطعي في أن المحتمل هنا وجهان لا غير ، وكان منشأ زلته هو أن سائر الشراح قالوا في بيان وجه القضاء بأن يقضى بالألف لهما أو لأحدهما ، فتوهم الشارح المزبور أن قولهم أو لأحدهما يعم الأول والثاني فوقع فيما وقع مع أن مرادهم به أحدهما بعينه وهو الأول .

الخصومة بينهما (قوله فيكشف وجه القضاء) بأن يقضى بالألف للأول أو للثاني أو لهما جميعا ، لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له والألف كله للأول (ولو نكل للثاني أيضا كان الألف بينهما) فلذلك يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه (قوله لأنه) أي لأن المودع المنكر (أوجب الحق لكل واحد منهما بذله) عند أبي حنيفة (ويقراره) عندهما (ولو قضى للأول حين نكل قال الإمام على البرذوي في شرح الجامع الصغير : إنه يحلف للثاني ، وإذا نكل يقضى بينهما لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثاني ، لأن القاضي قدمه إما باختياره أو بالقرعة ، وكل ذلك لا يبطل حق الثاني) ولم يذكر أنه إذا حلف للثاني ماذا حكمه . وقال أخوه في شرح الجامع الصغير : فإن حلف يقضى بنكوله للأول . وقوله (لكونه إقرارا) أي لكون النكول إقرارا (دلالة) وقوله (ما هذا العبد لي) يعني لا يقتصر على لفظ العبد بل يضم إليه ، ولا قيمته لأنه لما أقر به للأول وثبت به حق الأول لا يفيد إقراره به للقاضي لأنه لا يمكن دفعه إلى الثاني بعد ذلك . وقوله (بناء) أي قال الخصاص يحلفه عند محمد بناء (على أن المودع إذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء إلى غيره يضمها عند محمد خلافا لأبي يوسف) كما إذا أقر بالوديعة للإنسان . ثم قال : أسقطت بل هي لهذا كان عليه أن يدفعها إلى الأول ، لأن إقراره بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ، ويضمن للآخر قيمتها لإقراره أنها للثاني ، وأنه صار مستهلكا على الثاني لإقراره بها للأول فيكون ضمانا له قيمتها ، وهذا إذا دفعها إلى الأول بتغير قضاء ، فإن دفعها بقضاء فذلك على قول محمد خلافا لأبي يوسف لأن بمجرد إقراره لم يفوت على أحد شيئا ، وإنما القوات بالدفع إلى الأول ، وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن . ونحمد أنه ساطق القاضي على القضاء بها للأول لإقراره ، وقد أقر أنه مودع للثاني ، والمودع إذا سلب على الوديعة غيره صار ضمانا ، والمسئلة تفريعات ذكرت في كطلولات ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(قوله يقضى بالألف للأول والثاني) أقول : فقوله أو للثاني بحث (قوله لا يفيد إقراره به) أقول : فيلزم ذكر العبد (قال المصنف) قال ينبغي أن يحلفه عند محمد إلى قوله : بناء على أن المودع) أقول : قوله قال جواب هل في قوله وهل يحلفه بالقضائه بناء بقوله لم يقر له قال أو سال من فاعله .

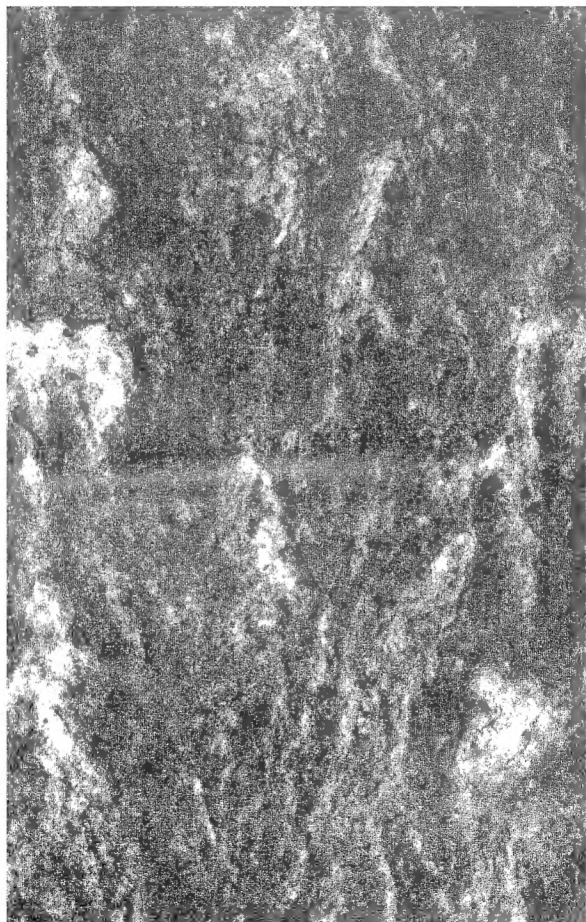
ثم الجزء الثامن ، وبليته الجزء التاسع : وأوله كتاب العارية

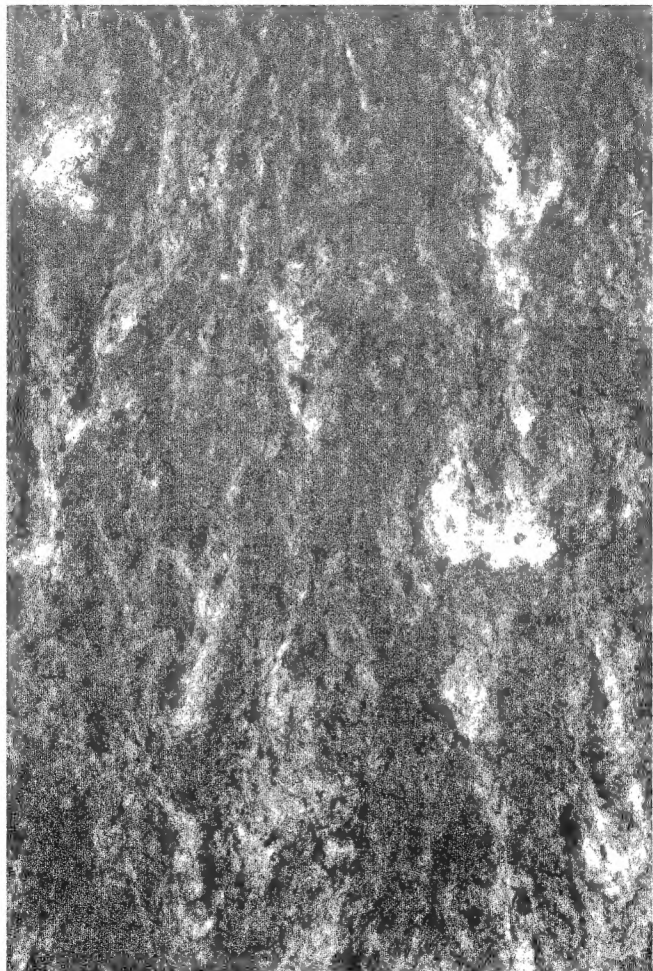
فهرس

الجزء الثامن

تكلمة شرح فتح القدير ؛ المسماة « نتائج الأفكار » لشمس الدين أحمد بن قoder

| صفحة | صفحة |
|--|---|
| ٣٥١ باب الاستثناء وما في معناه | ٣ كتاب الوكالة |
| ٣٨٠ باب لإقرار المريض | ٢٦ باب الوكالة في البيع والشراء |
| ٣٩٣ فصل في بيان الإقرار بالنسب | فصل في الشراء |
| ٤٠٣ كتاب الصلح | ٦٦ فصل في التوكيل بشراء نفس العبد |
| ٤١٣ فصل والصلح جائر عن دعوى الأموال النخ | ٧٣ فصل في البيع |
| ٤٢٢ باب التبرع بالصلح والتوكيل به | ٩٥ فصل في حكم وكالة الاثنين |
| ٤٢٥ باب الصلح في الدين | ١٠٦ باب الوكالة بالخصومة والقبض |
| ٤٣٣ فصل في الدين المشترك | ١٣٧ باب عزل الوكيل |
| ٤٣٩ فصل في التخارج | ١٥٢ كتاب الدعوى |
| ٤٤٥ كتاب المضاربة | ١٧٠ باب اليمين |
| ٤٦١ باب المضارب يضارب | ١٩٥ فصل في كيفية اليمين والاستحلاف |
| ٤٦٤ فصل وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث | ٢٠٥ باب التحالف |
| الربح النخ | ٢٣٨ فصل فيمن لا يكون خصما |
| ٤٦٦ فصل في العزل والقسمة | ٢٤٥ باب ما يدعيه الرجلان |
| ٤٧١ فصل فيما يفعله المضارب | ٢٨٠ فصل في التنازع بالأيدى |
| ٤٧٧ فصل آخر في مسائل تتعلق بالمضاربة | ٢٩٢ باب دعوى النسب |
| ٤٨١ فصل في الاختلاف | ٣١٧ كتاب الإقرار |
| ٤٨٤ كتاب الوديعة | ٣٤٥ فصل ومن قال لحمل فلانة على ألف دهم النخ |







Bibliotheca Alexandrina



0597234